

KARINA DUARTE ROCHA DA SILVA

**Justiça Restaurativa
e sua Aplicação no Brasil**

Brasília/DF
2º semestre de 2007

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

KARINA DUARTE ROCHA DA SILVA

**Justiça Restaurativa
e sua Aplicação no Brasil**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de graduação de bacharel, da Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília.

Orientadora: Professora Fabiana Costa Oliveira Barreto.

Brasília/DF

2º semestre de 2007

Resumo

O crime espelha um conflito social que causa danos às partes e rompe com o equilíbrio das relações intersubjetivas. O sistema penal tradicional, pautado sob o modelo de justiça retributivo, confisca os conflitos de seus donos e os impede de participar do processo de busca de soluções, em uma dinâmica que não respeita a humanidade e a singularidade das partes, e as reduz a um signo que viabiliza a intervenção das agências penais, em sua forma estruturalmente seletiva. A pena representa a manifestação do poder estatal que imprime dor e aflição e não resolve os conflitos sobre os quais o sistema criminal intervém. A partir dessas premissas, surge a Justiça Restaurativa, que propõe uma nova forma de intervenção penal, com vistas à reparação dos danos e ao reequilíbrio das relações sociais. Esse novo modelo pauta-se em procedimentos baseados na ética da alteridade que proporcionam o diálogo, a reflexão e o empoderamento, para que as partes, autonomamente, resolvam seus próprios conflitos. Dessa maneira, a Justiça Restaurativa visa a idealização de um modelo penal mais humano, legítimo e democrático, alicerçado na proteção dos direitos fundamentais, bem como na construção de uma sociedade livre e solidária. O sistema brasileiro de resolução de conflitos possui várias portas de entrada que possibilitam a inserção de práticas restaurativas. A nossa sociedade tem se mostrado aberta para a aceitação de formas alternativas de composição de conflitos e tem a capacidade de se articular para desenvolver programas dessa natureza. Práticas restaurativas podem ser implementadas pela sociedade civil organizada e o nosso ordenamento jurídico confere a abertura necessária para que esses projetos comunitários interajam com o sistema criminal estatal. O ordenamento jurídico brasileiro possui diversos institutos penais que comportam uma remodelagem dogmática para adequá-los aos preceitos da Justiça Restaurativa e para que, a partir disso, haja a incorporação de programas restaurativos pelas agências que exercem o controle social formal, sem ser preciso qualquer alteração legislativa. O Código Penal Brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei n. 9.099/1995 são exemplos de legislações que contemplam dispositivos que podem servir de esteio para o desenvolvimento de projetos restaurativos. Os projetos piloto existentes em São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre/RS e Brasília/DF demonstram que as hipóteses levantadas no presente estudo são factíveis. Para que a Justiça Restaurativa seja viável no nosso país, é imprescindível que o Estado brasileiro opte, de maneira coerente, por qual ideologia respaldará de sua política criminal.

Sumário

Introdução	5
<i>Capítulo I – Delineando um Paradigma</i>	
1. Sobre o Crime	9
2. Sobre o Sistema Penal	13
3. Sobre a Pena	17
<i>Capítulo II - Justiça Restaurativa: Um Novo Modelo de Justiça Penal</i>	
1. Justiça Restaurativa - Conceituação e Objetivos	22
2. O Tripé Vítima - Ofensor – Comunidade	29
2.1. O Empoderamento da Vítima	29
2.2. O Olhar sobre o Ofensor.....	32
2.3. A Participação da Comunidade.....	34
3. Respeito a Direitos e Garantias Individuais	36
4. Os Procedimentos para Implementação da Justiça Restaurativa	42
<i>Capítulo III - É Possível a Justiça Restaurativa ser Aplicada no Brasil?</i>	
1. A Localização dos Programas Restaurativos no Sistema Brasileiro de Resolução de Conflitos	47
2. Implementação de Práticas Restaurativas por Agências Informais de Controle Social	48
3. Portas de Entrada no Ordenamento Jurídico Brasileiro	54
3.1. A Lei n. 9.099/1995	56
3.2. O Estatuto da Criança e do Adolescente	60
3.3. O Código Penal Brasileiro	62
3.3.1 Visualizando a Reconstrução Dogmática do Artigo 59 do Código Penal.....	62
3.3.2. Outros Dispositivos Constantes do Código Penal	67
4. Projetos Piloto de Justiça Restaurativa Implementados no Brasil	68
4.1. A Experiência de Porto Alegre/RS	70

4.2. A Experiência de São Caetano do Sul/SP	72
4.3. A Experiência de Brasília/DF	74
Conclusão	76
Referências	80

Introdução

A Justiça Restaurativa é um novo modelo de justiça penal, construída a partir de uma análise crítica do sistema punitivo, que propõe a edificação de uma justiça pautada na ética da alteridade, na mitigação do seu efeito estigmatizador e excludente, para que, através do diálogo e do respeito à autonomia das partes, seja possível a descoberta de uma solução que efetivamente proporcione o empoderamento dos envolvidos e a pacificação social.

Sua idealização pressupõe uma mudança de paradigma ou, como descreve Howard Zehr, a troca das lentes através das quais analisamos os fenômenos sociais¹. A principal modificação refere-se à forma como compreendemos o *crime*, que passa a ser percebido como um conflito intersubjetivo inerente ao convívio social, com grandes significados para as partes e que lhes causa um dano ou ofensa. Esta é a razão pela qual, na presente monografia, não usamos – ou tentamos evitar – o uso do termo *criminoso* e usamos o vocábulo *ofensor*, para designar a pessoa que comete um ilícito penal, pois esta expressão melhor se harmoniza com a concepção adotada.

Como nos ensina Nils Christie, o mais importante não é que os conflitos sejam *decididos* – principalmente se esta decisão emanar de pessoas que sequer estiveram vinculadas a eles –, mas que sejam vividos, sentidos pelas próprias partes, para estas possam melhor compreendê-los, atribuir-lhes um significado e participar do processo de busca de solução², mesmo que, na prática, essa composição seja apenas simbólica.

A partir dessa perspectiva, idealiza-se um sistema criminal que prime pela composição dos danos e do equilíbrio das relações sociais abaladas, ou seja, que tenha seu foco voltado para o futuro. Ocorrido o fato criminoso, a Justiça Restaurativa propõe que as pessoas que estiveram nele envolvidas, os “donos do conflito”, bem como a comunidade que os cerca, a qual, de certa forma, também é atingida pelo evento danoso discutam juntos o problema e firmem um acordo, com vistas à restauração.

Como se percebe, a Justiça Restaurativa rompe com a proposta do modelo punitivo vigente, que é lastreada na idéia de imposição de uma *pena*, que, em seu sentido último, significa a infligência de dor e sofrimento a quem o sistema considera culpado, por meio de procedimentos regrados pelo Estado.

¹ ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. 3ª edição, Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005. pp. 83 e ss.

² CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain*. 1981. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/ikrs/forlag/limits-to-pain/limits-to-pain.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2007. p. 35.

Conforme apresenta Leonardo Sica, esse novo modelo de justiça penal proporciona a superação do paradigma “Dos Delitos e Das Penas”, na medida em que aceita que o sistema criminal reaja ao delito sem que a ele responda com a imposição de uma pena. Convém esclarecermos que, no tocante a esse ponto, adotamos a concepção delineada por Zaffaroni para definir *pena* como “*uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou dor, que não repara nem restitui e nem tampouco faz cessar as lesões em curso, nem neutraliza os perigos iminentes.* [Nossa livre tradução.]³” Portanto, as respostas que os procedimentos restaurativos dão ao evento criminoso, mesmo que imponham uma obrigação ao ofensor, não têm o caráter de pena no sentido definido por Zaffaroni e por nós acolhido.

Apresentadas essas premissas, questiona-se se a Justiça Restaurativa é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. O desenvolvimento de aprofundadas teses sobre esse modelo de justiça, seus pressupostos filosóficos, o papel dos atores sociais envolvidos no conflito, os tipos penais que comportam ou não serem solucionados por ele, os procedimentos mais adequados para cada tipo penal, entre inúmeras outras interessantes problemáticas que surgem quando se debate o assunto, embora de grande relevância, não responde uma indagação de cunho prático que sempre suscita em nossas mentes quando se discute a temática: É possível a Justiça Restaurativa ser aplicada no Brasil?

Com o intuito de responder essa questão, a proposta do presente trabalho é verificar se o nosso ordenamento jurídico, tal como se apresenta hoje, possui a abertura necessária para a introdução de práticas restaurativas no sistema brasileiro de resolução de conflitos. Sublinhe-se que não temos a pretensão de nos posicionarmos sobre eventuais alterações legislativas que seriam necessárias para a incorporação da Justiça Restaurativa na nossa sistemática. Pelo contrário, almeja-se trabalhar com os institutos jurídicos tal como estão atualmente previstos no nosso ordenamento e verificar a possibilidade de a eles ser conferida uma releitura interpretativa, por meio da qual torne admissível a adoção de práticas restaurativas na realidade brasileira.

Assim, intenta-se examinar em que esfera do nosso sistema de controle social podem estar situados os programas restaurativos e, ainda, verificar por meio de quais instrumentos jurídicos, o nosso ordenamento permite que programas restaurativos sejam desenvolvidos e em qual fase procedimental cabe a sua aplicação.

³ No original: “(...) (a) *una coerción*, (b) *que impone una privación de derechos o un dolor*; (c) *que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Derecho Penal. Parte General*. p. 45

Como se percebe, a importância da pesquisa ora apresentada está em permitir que o estudo sobre a Justiça Restaurativa ultrapasse a barreira das questões meramente teóricas e que enxerguemos as possíveis aberturas conferidas pelo ordenamento brasileiro para a materialização da Justiça Restaurativa no nosso país.

Para atingir os objetivos ora propostos, dividimos a presente pesquisa em três capítulos. O primeiro capítulo tem por finalidade situar o leitor a respeito do paradigma em que a Justiça Restaurativa está inserida e, para tanto, serão apresentados alguns conceitos inerentes ao tema. Assim, será versado sobre o conceito de crime adotado, sobre críticas ao sistema penal – as quais tentam ser superadas pelo modelo restaurativo –, bem como sobre considerações a respeito da natureza da pena.

Este capítulo introdutório articulará idéias traçadas por autores abolicionistas como Zaffaroni, Hulsman e Nils Christie e se fez necessário para que possam ser melhor compreendidos os conceitos que serão trabalhados nos tópicos subsequentes, nos quais será exposta mais diretamente a temática objeto do presente trabalho.

O segundo capítulo versa sobre a proposta apresentada pela Justiça Restaurativa e é construído com base nos ensinamentos de diversos doutrinadores restaurativistas, como Howard Zehr, Elena I. Highton e Leonardo Sica, assim como no posicionamento da Organização das Nações Unidas sobre o tema. Sua finalidade é descrever as questões fundamentais que envolvem a matéria, para que, solidificados esses conceitos basilares, seja possível desenvolvermos a questão referente à Justiça Restaurativa aplicada na realidade brasileira.

Nesse sentido, o segundo capítulo, em um primeiro momento, analisa os conceitos e objetivos delineados pela Justiça Restaurativa. Depois é tratado sobre o papel de cada personagem envolvido no conflito – vítima, ofensor e comunidade – perante esse modelo. Abordamos, ainda, a questão relativa aos direitos e garantias individuais das partes que não podem ser mitigados e, por fim, é versado sobre os procedimentos que viabilizam a materialização dos princípios enunciados pela Justiça Restaurativa.

Finalmente, após a solidificação desses assuntos introdutórios, torna-se possível o desenvolvimento do terceiro capítulo, que tem por escopo responder diretamente a indagação que fez surgir a presente pesquisa acadêmica. Nossa intenção é apontar subsídios que tornem factível a inserção de programas restaurativos na realidade brasileira em hipóteses abrangentes, sem que estejamos limitados à análise de tipos penais específicos ou a fases processuais determinadas. Salienta-se, contudo, que, embora tenhamos a pretensão de apontarmos as amplas possibilidades de aplicação da Justiça Restaurativa, não temos a

preocupação de estudarmos se, na prática, esta ampla aplicação é ou não adequada ou conveniente. Assim, nos conscientizamos de que as nossas propostas potencializam o surgimento de novas indagações, que também exigem respostas, mas que, no entanto, não nos posicionaremos, em respeito aos objetivos do presente trabalho.

Nossos esforços, como se verá, concentram-se essencialmente na análise do ordenamento jurídico brasileiro, para que, por meio da sua interpretação sistemática e da releitura de dispositivos legais, averiguemos a plausibilidade da harmonização do seu espírito com os nortes da Justiça Restaurativa e, por meio desse processo, visualizemos “portas de entrada” para a inserção de práticas restaurativas no Brasil.

Para alcançar os objetivos acima apontados, o terceiro capítulo está dividido em tópicos que abordam a localização dos programas restaurativos no sistema brasileiro de conflitos, discorrem sobre como pode haver o intercâmbio entre as experiências restaurativas havidas pelas agências que exercem o controle social formal e informal, bem como sobre o ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nos institutos previstos no Código Penal, na Lei n. 9.099/1995 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, para que se possa ter uma visualização empírica das questões versadas, discorreremos brevemente sobre três projetos piloto de Justiça Restaurativa desenvolvidos no Brasil em São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre/RS e Núcleo Bandeirante/DF.

Espera-se que, ao final, possamos demonstrar que a aplicação da Justiça Restaurativa é compatível com o nosso ordenamento jurídico nos moldes em que ele se apresenta atualmente, não sendo necessário, para tanto, qualquer alteração legislativa.

Justiça Restaurativa e sua Aplicação no Brasil

Capítulo I

Delineando um Paradigma⁴

*Para mim, cada ser é, ao mesmo tempo,
profundamente diferente e existencialmente próximo.*

Hulsman

1. Sobre o Crime

Para tratarmos acerca do tema Justiça Restaurativa, imprescindível reconstruirmos um conceito que lhe é basilar, qual seja, o *crime*. Para tanto, o crime ou delito deve ser compreendido sob uma perspectiva que transcenda a determinada pelo paradigma da criminologia clássica e que, portanto, não se limite a visualizá-lo como uma conduta social que seja penalmente tipificada e ilícita; que signifique um enfrentamento simbólico entre o Estado – representando o bem – e o infrator – representando, por sua vez, o mal⁵.

Para além disso, o crime é um evento social que deve ser analisado por um viés fenomenológico, considerado, assim, como a manifestação de um conflito intersubjetivo, que possui ricos significados para as partes envolvidas.

⁴ O paradigma significa a “lente” por meio da qual enxergamos os fenômenos que ocorrem a nossa volta. Esta “lente” molda a construção do senso comum, o que entendemos ser possível ou impossível, as respostas que daremos aos problemas. A realidade que nos cerca não nos é simplesmente *apresentada*, mas *construída* por nós mesmos através da nossa forma particular de compreendê-la, podendo ter significados completamente distintos e até contraditórios para duas pessoas, se elas estiverem inseridas em paradigmas diferentes. A forma como compreendemos o crime e, naturalmente, a maneira como reagiremos a ele, está intrinsecamente associada ao paradigma que adotamos. Por essa razão, faz-se necessário, num primeiro momento, analisarmos qual o paradigma adotado pela Justiça Restaurativa ou, em outras palavras, quais são suas “lentes”, para que seja possível, posteriormente, entendermos a forma como este modelo de justiça reage aos fenômenos sociais. (ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. 3ª edição, Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005. pp. 83-87.)

⁵ GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. 5ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 310.

A criminologia crítica adota a premissa de que sequer existe uma realidade ontológica do crime, sendo preferível, na verdade, falar-se em *eventos criminalizáveis*, ao invés de se falar em *crime*, como se este fenômeno existisse em si mesmo⁶.

Hulsman, ao analisar os eventos criminalizáveis, verifica que estes possuem os mais diversos tipos de estruturas e nenhum denominador comum; as diversas condutas criminalizáveis não possuem nada em sua natureza intrínseca que as faça ontologicamente criminosas. O único ponto de encontro desses eventos é que, por meio de uma decisão humana – que pode ser modificada a qualquer tempo, de acordo com o contexto social –, foi dada competência ao sistema formal de controle penal para intervir contra eles⁷.

Nem mesmo existe uma regra de enfrentamento especial pelos envolvidos nos eventos criminalizáveis que os possa diferenciar dos demais conflitos. Como se sabe, apenas uma ínfima quantidade dos fatos com potencialidade de serem rotulados como criminosos – inclusive como “crimes graves” –, de fato, são abrangidos pelo sistema formal de controle penal, fazendo tais fatos parte, em sua maioria, das *cifras ocultas*.

No entanto, isso não significa que esses eventos não tenham sido enfrentados pelos personagens envolvidos. Significa tão-somente que eles foram solucionados – ou apenas enfrentados – da mesma maneira que os conflitos comuns da vida, ou seja, no contexto social em que têm lugar, como na família, na escola, no trabalho, na comunidade, etc, instituições estas que têm a importante função de exercer este controle social informal⁸. Conclui-se, dessa maneira, que também não é na *especial forma de seu enfrentamento* que os eventos criminalizáveis se diferem dos demais conflitos.

Assim, é com base nesses elementos que foram aqui brevemente explicitados que se defende que o crime não possui uma realidade ontológica, podendo-se afirmar que, substancialmente, é como qualquer outro conflito típico da vida social. A criminalidade não é

⁶ Sobre o assunto, Maria Lúcia Karam expõe: “Fala-se genericamente em crime como se tal expressão pudesse traduzir um conceito natural, que partisse de um denominar comum, presente em todo tempo ou em todo lugar. Mas, na realidade, crimes são meras criações da lei penal, não existindo um conceito natural que os possa genericamente definir. O que é crime em um determinado lugar, pode não ser em outro; o que hoje é crime, amanhã poderá não ser.” (KARAM, Maria Lúcia. *Pela Abolição do Sistema Penal*. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 73.)

⁷ O autor exemplifica que os “eventos criminalizáveis” podem estar associados a, por exemplo, violência na família, violência nas ruas, arrombamentos, receptação de mercadorias ilegais, poluição do ambiente, condutas no trânsito, alguns tipos de atividades política, e inúmeros outros, não sendo possível identificar uma *estrutura em comum* nessas condutas. No mesmo sentido, defende que a motivação de tais fatos, suas conseqüências bem como as formas de enfrentamento são as mais diversas possíveis, não possuindo, intrinsecamente, qualquer tipo de contato. Assim, conclui Hulsman que a única coisa que os crimes têm em comum é que o sistema formal de controle penal está autorizado a agir contra eles. (HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça Criminal*. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 43.)

⁸ HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça Criminal*. p. 50.

uma qualidade intrínseca da conduta, mas, pelo contrário, é o resultado de um complexo processo de interação social que etiqueta sujeitos seletivamente determinados⁹.

Para termos uma visualização concreta de tal afirmação, basta analisarmos que referido processo de interação social é relativizada no tempo e no espaço. Por exemplo, as relações homossexuais ainda no século XX eram criminalizadas em alguns países europeus e, hoje em dia, há a tendência de se criminalizar condutas discriminatórias que atentem contra a liberdade de opção sexual¹⁰; a violência doméstica, por séculos, foi considerada legítima no Brasil, enquanto hoje é duramente combatida pela nossa legislação; o uso de determinados psicotrópicos é proibido em alguns países, mas permitido em outros, etc.

Sob essa ótica, constata-se que o crime, na verdade, não é *objeto*, mas, sim, *produto* da política criminal¹¹, e as agências penais não “declaram” a natureza criminoso de determinado fato, mas a “produz”¹². A criminalização, ao invés de representar uma resposta específica aos eventos, torna-se apenas um modo específico de olhar a realidade e de, a partir disso, construí-la¹³.

Durkheim apresenta uma teoria que reforça essa nossa pré-compreensão acerca do crime. Ao analisar a normalidade e a patologia dos fatos sociais, defende o autor, contrariando frontalmente o senso comum da época, que o crime, em si, não é algo anormal. Pelo contrário, o crime é uma realidade intrínseca a qualquer tipo de sociedade, e tal fato, por si só, exclui a possibilidade de este fenômeno ser considerado patológico¹⁴.

A criminologia crítica adota essa premissa durkheimiana e vai além ao defender que pessoas envolvidas em eventos criminosos não fazem parte de uma categoria especial¹⁵. Pelo contrário, se analisássemos todas as condutas que têm a potencialidade de serem rotuladas como criminosas, facilmente chegaríamos à conclusão de que todas as pessoas, por diversas vezes de suas vidas, cometeram fatos que são penalmente tipificados, muito embora, por óbvio, apenas uma ínfima parcela dessas condutas, praticadas por uma irrisória parcela da população tenha sido abarcada pelo controle penal formal e rotulada como criminoso. Essas

⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 205.

¹⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Pela Abolição do Sistema Penal*. p. 73.

¹¹ HULSMAN, Louk. *Critical Criminology and the Concept of Crime*. p. 71. No mesmo sentido, ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica*. p. 206.

Vale destacarmos que a idéia de que o crime é o produto da política criminal é defendido por todos os teóricos que seguem a linha da criminologia crítica.

¹² ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica*. p. 206.

¹³ HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça Criminal*. p. 52.

¹⁴ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 82-83.

¹⁵ HULSMAN, Louk. *Critical Criminology and the Concept of Crime*. In: **Contemporary Crises. Law, Crime and Social Policy**. Martinus Nijhoff Publishers, volume 10, 1986. p. 65.

condutas potencialmente lesivas e formalmente típicas, mas não abrangidas pelo sistema de controle penal formal, integram a denominada *cifras ocultas*¹⁶.

Nota-se que há uma *seletividade estrutural do sistema penal*¹⁷, o que significa que, não obstante haver a possibilidade de as agências de controle penal formal exercerem seu poder punitivo sobre toda e qualquer pessoa (já que é fato notório que toda a população comete condutas típicas e antijurídicas), o fazem apenas em relação a algumas delas, que são arbitrariamente selecionadas e em episódios específicos. Isto não significa, porém, que os conflitos não abarcados pelo sistema de controle penal estatal não obtêm uma resposta, mas apenas que ela é dada por outras instituições que exercem, por sua vez, o controle social informal, como a família, o meio profissional, a opinião pública, etc. Daí a razão pela qual Hulsman afirma que “*a efetiva criminalização é um fato raro e excepcional*”¹⁸.

Segundo Zaffaroni, a impossibilidade de se criminalizar reiteradamente toda a população demonstra que o sistema penal é “*estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com um altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis*”¹⁹.

O fato de toda a população reiteradamente praticar condutas potencialmente criminosas nos faz, por consequência, afastar a idéia simplista, porém consolidada no senso comum, de que a sociedade é dividida entre os *bons* (aqui inseridos os *justos*; responsáveis por manter a ordem e a harmonia social) e os *maus* (os “delinqüentes”). Pelo contrário, o ser humano bem como suas relações interpessoais são dotados de uma complexidade que impossibilita que acolhamos esse reducionista e frágil discurso maniqueísta²⁰.

Vê-se, portanto, que os “delinqüentes” – aqui compreendidos como pessoas que cometem ilícitos penais, tendo eles sido ou não abraçados pelo controle criminal formal – não integram uma espécie aparte da nossa sociedade, nem são anormais sociais. Pelo contrário, pois não há nada de mais normal do que o ser humano, dotado da complexidade que lhe é inerente, praticar condutas que possam vir a ser rotuladas como criminosas, sendo tais condutas, inclusive, uma forma de comunicação.

¹⁶ Mais comumente chamadas de “cifras negras” (*dark figures*), mas na presente monografia preferimos adotar aquela outra nomenclatura.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 27.

¹⁸ HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça Criminal*. p. 49

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. p. 27.

²⁰ HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói/RJ: Luam, 1993. pp. 56/57.

2. Sobre o Sistema Penal

O sistema penal impede que os envolvidos apoderem-se de seus próprios conflitos, conforme defende Nils Christie²¹. De acordo com o modelo penal tradicional, o Estado, através dos personagens que fazem parte das agências formais de controle social (Juízes, promotores, delegados, advogados, etc.), subtrai os conflitos das partes, transformam-nos em casos e as impede de participar diretamente da sua solução²².

No entanto, adotando-se uma postura fenomenológica acerca do crime, essa perspectiva tradicional encontrar-se-á equivocada. Considerando que o crime, ou melhor, a *criminalização* é uma maneira específica de construir a realidade *pelos próprios atores envolvidos nesse evento*, faz-se coerente o crime ser compreendido simplesmente como um evento que lesione as partes que direta ou indiretamente estiveram envolvidas e suas relações interpessoais. Dessa forma, nada mais coerente do que a idealização de um sistema de justiça que não subtraia o conflito de seus participantes.

Sobre esta característica acerca do sistema penal, assim discorre Nils Christie:

O *conflito* propriamente dito é que representa o bem subtraído mais importante. Os conflitos são elementos importantes da vida social. As vítimas de crimes, no entanto, perdem o direito de participar na solução deles. Conflitos ferem as pessoas diretamente envolvidas, ferem o sistema social, mas podem ser bem usados, podemos aprender com eles. Desde que não sejam subtraídos pelo sistema legal, pelos advogados, podem constituir uma experiência importante. Muitos de nós, como leigos, experimentamos tristes momentos quando nossos advogados nos dizem que nossos melhores argumentos sobre aquela briga com um vizinho não valeriam nada em juízo e que, pelo amor de Deus, não devemos sequer mencioná-los ao juiz. Depois, usam no tribunal argumentos que nós acharíamos irrelevantes ou indevidos. Assim, os conflitos vão se tornando propriedade dos operadores do direito²³.

Sob esse enfoque, mostra-se de central importância uma proposta de interpretação das situações conflituosas que busque uma atitude anti-reducionista frente a tais situações, e,

²¹ CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain*. 1981. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/ikrs/forlag/limits-to-pain/limits-to-pain.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2007. p. 35.

²² CHRISTIE, Nils. *Conversa com um Abolicionista Minimalista*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 6, nº 21, janeiro-março, 1998, Revista dos Tribunais. Entrevista. p. 14.

Numa perspectiva histórica, Zaffaroni nos explica que houve o “confisco do conflito” a partir do momento em que o conflito passou a ser considerado *lesão contra o soberano* e não mais como a vítima, em sua individualidade. Neste sentido: “A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não procurava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca. O que era excepcional no direito germânico (a comunidade reagindo contra o traidor) fez-se regra: todo infrator tornou-se um traidor, um inimigo do soberano. (...)” (ZAFFARONI, Eugenio Raul & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. p. 393.)

²³ CHRISTIE, Nils. *Conversa com um Abolicionista Minimalista*. p. 14.

assim, que evite a “reificação” do conflito²⁴. Partindo-se da idéia de que situações problemáticas fazem parte da vida social, sendo impossível erradicá-las, mais importante do que preveni-las é tentar influenciar as estruturas sociais para que as pessoas sejam capazes de lidar com seus problemas, de modo a aprender e crescer com eles e, com isso, evitar-se a alienação²⁵.

A respeito do assunto, convém citarmos:

O crime não é um tumor nem uma epidemia, senão um doloroso “problema” interpessoal e comunitário. Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica: um problema “da” comunidade, que nasce “na” comunidade e que deve ser resolvido “pela” comunidade. Um “problema social”, em suma, com tudo que tal caracterização implica em função de seu diagnóstico e tratamento²⁶.

Para se entender como se dão as diferentes formas de *construção* do significado das situações sociais conflituosas, e, a partir disso, buscar alternativas para que as pessoas, emancipatoriamente, possam tratá-las, devem ser consideradas as diversas *bases de interpretação*²⁷ e de *foco* que cada indivíduo possui e que, muito possivelmente, variarão de acordo com cada pessoa. São esses dois itens que, nas lições de Hulsman, determinarão a leitura e, por conseguinte, a construção que cada participante envolvido dará a determinado evento e, a partir disso, poderá ser buscada a forma mais adequada de seu enfrentamento²⁸.

Ademais, o nosso sistema punitivo não visa a *reação aos conflitos*, este entendido como a busca por uma *solução* entre as partes. Pelo contrário, o nosso modelo é de *decisão vertical* ou *punitivo*. Neste, a vítima não é considerada pessoa lesionada, “*mas sim um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal (que intervém quando quer, assim como atua sem levar em conta a vontade do lesionado ou vítima)*”²⁹.

Sob o pretexto de se evitar a vingança privada, despreza-se a humanidade da vítima e sua dor é levada em conta somente para dar margem à atuação arbitrária das agências de

²⁴ Antônio Henrique Graciano Suxberger, ao analisar a teoria abolicionista de Hulsman, assim discorre: “Percebe-se em Hulsman uma crítica contra o processo de ‘reificação’ do delito, segundo o qual uma interpretação da realidade, uma construção humana, é transformada numa realidade em si mesma, independentemente da realidade constitutiva da atividade humana.” (SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito*. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005. Sem publicação.)

²⁵ HULSMAN, Louk. *Critical Criminology and the Concept of Crime*. p. 73.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. p. 310.

²⁷ Livre tradução nossa. Em inglês, o autor utiliza o termo “*frame of interpretation*”. HULSMAN, Louk. *Critical Criminology and the Concept of Crime*. p. 73.

²⁸ Para melhor compreensão do tema, ver HULSMAN, Louk. *Critical Criminology and the Concept of Crime*. p. 73.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. p. 384.

controle penal, na sua forma estruturalmente seletiva. É nesse sentido que se sustenta que, nesse modelo, a vítima perde a sua humanidade e é coisificada, pois reduzida a um *signal*³⁰.

A intervenção penal das agências judiciais é pautada em uma construção dogmática de um sistema de regras que se propõe a tornar previsível e racional o exercício dos juristas, a fim de que as decisões exaradas pelas agências criminalizadoras não sejam contraditórias. No entanto, essa necessidade de racionalização – que, em tese, confere legitimidade ao sistema – faz com que a intervenção judicial seja construída a partir de *categorias abstratas* que a afastam da realidade e impedem que o sistema alcance o conflito³¹.

Estas *categorias abstratas* criadas pela dogmática jurídica são construídas por meio de um filtro do olhar que despreza as ricas e complexas características que fazem único cada ser humano e, suprimindo sua individualidade, torna-os objetos de unificação e comparação, sob o qual o sistema poderá, objetiva e – como pretende – racionalmente atuar³².

Adequado citarmos:

A intervenção – nos poucos casos em que a agência judicial é chamada a decidir em função do processo de seleção realizado pelas agências não judiciais – pauta-se, portanto, em categorias abstratas que impedem contatos com a realidade conflitiva social dentro da qual a agência deve decidir. O conflito social (...) perde-se (como, por definição, já está perdida uma ‘parcela’ do conflito, com a supressão da vítima como protagonista) em uma pauta decisória, apta apenas a trabalhar com abstrações dedutivamente encadeadas às necessidades da função legitimante (ou justificante) do sistema penal³³.

Depreende-se, assim, que o *discurso jurídico-penal legitimante* do sistema impossibilita que a intervenção judicial busque a melhor decisão para o conflito, mas tão-somente adote aquela que mais se adequa à sua premissa legitimante. Nas palavras de Zaffaroni, “a agência judicial pode decidir nos conflitos selecionados por outras agências, mas não pode solucionar esses conflitos (a não ser por acaso).³⁴”

Dentro desse modelo, o Direito Penal serve para pautar os limites do exercício do poder decisório do sistema punitivo, a fim de que a sua intervenção se dê da forma menos violenta possível. Em outras palavras, deve o direito penal atuar como um “dique de

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. p. 385.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. p. 183.

³² MELO, Eduardo Rezende. *Justiça restaurativa e seus desafios históricos-culturais. Um ensaio crítica sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes; SLAKMON, Catherine & DE VITTO, Renato Campos Pinto (org.). **Justiça Restaurativa**. Coletânea de Artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 64.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. p. 183.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. p. 184.

contenção”, a fim de se evitar a atuação estatal de maneira violenta e irracional³⁵, e isto é o que confere legitimidade ao poder de decisão do sistema judicial³⁶.

Nessa mesma linha de raciocínio, Louk Hulsman expõe que o modelo tradicional do sistema penal, além de se apropriar dos conflitos das pessoas, os vê através de um *espelho deformante*, que de maneira artificial, os reduz a um único momento, um ato isolado, deixando de lado todo o contexto em que se passaram³⁷.

Fora de seu contexto, o evento criminalizado perde a sua riqueza de significados. O processo é conduzido de tal forma que o autor do fato não vê mais sentido no gesto que praticou, e, se o vê, não há espaço para expressá-lo, nem os personagens que fazem parte do sistema estão dispostos a ouvi-lo. A vítima é colocada à margem do assunto, pois não tem nenhum domínio dos acontecimentos que vivenciou, nem lhe é dada oportunidade de assimilar ou compreender o que se passou, muito embora tenha sido o “seu” conflito que deu causa ao processo³⁸. Sua participação é tão-somente como testemunha, que atua como uma ferramenta instrumental que ajuda o sistema a verificar, dentre as respostas pré-determinadas, qual delas se encaixa àquele conflito. Assim, nessa ótica, mais uma vez a pessoa deixa de ser *parte* para ser *objeto* do poder punitivo estatal³⁹.

Ademais, não obstante a forma como os homens sentem e interpretam as experiências terem um caráter evolutivo – pois algo que aconteceu hoje, dias depois passará a ser compreendido diferentemente –, o sistema penal “apodera-se do conflito” e *congela* seu significado no tempo. Dessa forma, muito provavelmente, no dia do julgamento, aquele conflito terá um significado completamente diverso do que tinha quando surgiu aquele processo. No entanto, isso será irrelevante para o sistema penal. Em razão disto, Hulsman afirma que “o sistema penal trata de problemas que não existem.”⁴⁰

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edição, Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anônima, 2002. p. 388.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* *Derecho Penal. Parte General*. p. 206

³⁷ Hulsman explica-nos sua tese com o exemplo de um casal que passa por uma crise conjugal e chega às vias de fato. O sistema penal, nesse caso, registra como lesões corporais aquele evento e limita seu enfoque sob o ponto do desforço físico, mas não se preocupa com os demais eventos que deram causa à crise, sendo que tais fatos, irrelevantes para o sistema penal, são o que mais importa para os atores envolvidos. (HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. p. 82.)

³⁸ Assim discorre o autor: “A vítima não pode mais fazer parar a ‘ação pública’, uma vez que esta ‘se pôs em movimento’; não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou – o que, muitas vezes, é mais importante – lhe dar a oportunidade de compreender e assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do ‘autor’; ela não sabe em que condições a família dele estará sobrevivendo; ela não faz nenhuma idéia das conseqüências reais que a experiência negativa da prisão trará para a vida deste homem; ela ignora as rejeições que ele terá que enfrentar ao sair da prisão”. (HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. p. 82/83).

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. pp. 383 e ss.

⁴⁰ HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. p. 83.

Apenas um sistema de resolução de conflitos flexível, que prime pela liberdade dos envolvidos, ou seja, que permita que os personagens não sejam tolhidos por regras pré-determinadas e que lhes dê oportunidade de participar de todo o processo de forma ativa e emancipatória será capaz de fazer com que elas dêem um significado comum à situação e aprendam com ela.

Vê-se que, para que haja um sistema de resolução de conflitos mais humano, faz-se imprescindível que se devolva às pessoas o domínio de seus conflitos. O ponto de partida de qualquer ação deve ser a maneira como os envolvidos lêem e constroem determinada realidade. Um sistema que, previamente estipule qual será a resposta dada a um ato, adotando uma linha de reação uniforme e desprezando a complexidade humana, não será capaz de apresentar soluções justas e humanas.

Nessa linha, mostram-se coerentes os programas relacionados ao modelo de *justiça comunitária*, que partem da idéia de que a prevenção e combate aos delitos devem se operar na forma de “intervenção comunitária”. Seu foco reside, segundo Molina, na idéia de integração social e solidariedade, marcada por uma ideologia de pacificação, inserção, diálogo, individualização e participação comunitária⁴¹.

Parte-se, pois, da convicção de que o crime é um conflito interpessoal e que sua solução efetiva, pacificadora, deve ser encontrada pelos próprios implicados no mesmo, ‘internamente’, em lugar de ser imposta pelo sistema legal com critérios formalistas e elevado custo social.⁴²

É neste modelo de reação ao delito que a Justiça Restaurativa busca sua inspiração e intenta flexibilizar os procedimentos, para que os conflitos sejam tratados com soluções informais e comunitárias.

3. Sobre a Pena

Com o fim de dar coerência e legitimidade à pena, diversas doutrinas são formuladas, enquanto os sistemas punitivos, em regra, tentam combinar essas teorias, ignorando, contudo, que, em muitos aspectos, elas são incompatíveis entre si.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. p. 353.

⁴² GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. p. 399.

Zaffaroni denomina esta característica de *simultaneidade e alternatividade funcional* da pena⁴³. O primeiro conceito denota que o sistema penal tenta agregar à pena, ao mesmo tempo, funções várias, tais como de *retribuição, prevenção geral e especial*⁴⁴; enquanto o segundo significa que, se, em determinado caso concreto, a pena não conseguir cumprir uma função, não haverá qualquer prejuízo, pois cumprirá outra.

Essa *simultaneidade e alternatividade funcional* da pena são facilmente percebidas no sistema punitivo brasileiro. Basta verificarmos que, por exemplo, o artigo 59 do Código Penal estabelece que a pena será fixada, “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”. Por sua vez, o artigo 1º da Lei de Execução Penal diz que “*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*” No mesmo sentido, dispõe a exposição de motivos da Lei de Execuções Penais, no seu item 14, que “*(...) curva-se o Projeto (...) ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.*”

No entanto, a crítica que se faz é que esse modelo espelha uma “*equivocidade discursiva*”, pois adota teorias que, sob muitos aspectos, podem ser contraditórias, o que pode conduzir à arbitrariedade por parte do órgão jurisdicional. Assim, no caso concreto, é possível ser imposto qualquer tipo de pena – da mais rígida à mais branda – de acordo com o juízo arbitrário do julgador. Sobre o assunto, dissertam Zaffaroni e Nilo Batista:

Desta maneira, é possível impor em qualquer caso o máximo ou o mínimo da escala penal, pois se a culpabilidade pelo ato não for adequado à racionalização da pena que se pretende impor – aquela que já foi decidida – sempre se poderá apelar para a culpabilidade de autor ou para a periculosidade; e se a prevenção especial não for útil, poder-se-á chegar à geral etc. As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso. Não se trata de uma solução jurídico-penal, mas de

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. pp. 140-141.

⁴⁴ Ensina Luigi Ferrajoli: “*Segundo uma útil distinção escolástica, proposta pelos criminalistas do século passado, as doutrinas sobre a pena (...) podem ser divididas em duas grandes categorias: teorias denominadas de absolutas e teorias rotuladas como relativas. São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma destas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da prevenção especial, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinqüente, e doutrinas da prevenção geral, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral.*” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 204.)

uma entrega do direito penal à arbitrariedade e da conseqüente renúncia à sua função mais importante⁴⁵.

De qualquer forma, como constata Leonardo Sica, a realidade do nosso sistema punitivo demonstra que nenhuma das teorias da pena consegue cumprir os objetivos a que se dispõem, como expressar uma potencialidade reeducativa, dissuasória ou de denúncia.

Tivesse o direito penal qualquer capacidade de prevenir crimes pela reinserção do condenado ou pela dissuasão da generalidade dos cidadãos, algum efeito prático já teria sido notado, uma vez que todas as formas de reforço qualitativo e quantitativo das penas têm sido implementadas há tempos. Em suma, as prisões estão lotadas e lotando-se cada vez mais, sem que isso tenha abatido a criminalidade.⁴⁶

Nessa esteira, conclui-se que a coerção penal, em si, não é instrumento que, comprovadamente, evite o caos social ou diminua a criminalidade; o castigo não conduz à prevenção. Muito embora a racionalidade penal moderna tenha construído teorias que tentassem dar à pena uma funcionalidade legitimadora, o que se verifica é que a pena tem, na verdade, função meramente retributiva, com a imposição de sofrimento e estigmatização ao ofensor, pautada em um “*sistema de castigos calculados (racionalmente) que nada previne*”⁴⁷.

Zaffaroni, ao discorrer sobre a temática, parte do pressuposto de que o sistema penal é um mero fato de poder, e disserta que a *pena*, que, em seu sentido literal, significa *sofrimento, aflição*, é a explícita manifestação do poder estatal, despida de qualquer racionalidade⁴⁸.

A falta de racionalidade da pena, nos moldes do sistema vigente, deriva de ela não ser um instrumento idôneo de resolução do conflito, mas servir apenas para inflingir dor a título de decisão de autoridade. É exatamente esta característica que, segundo o referido autor, diferencia a sanção do direito penal das sanções previstas pelos outros ramos do Direito, pois conquanto as demais sanções jurídicas também possam causar dor – como, por exemplo, a privação de um bem, a declaração de nulidade de determinados atos jurídicos, a condução da testemunha sob coerção, etc. –, elas resolvem os conflitos que se dispõem, porém a sanção prevista pelo Direito Penal não atinge esse mesmo fim.

Discorre o mencionado autor:

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. p. 141.

⁴⁶ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 190

⁴⁷ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 138

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. p. 202.

A pena (...), como instrumento órfão de racionalidade, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder.

*Portanto, pena é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito*⁴⁹.

Com base nessas ponderações, chega-se à *teoria negativa e agnóstica da pena* desenvolvida por Zaffaroni, que denuncia que a pena não consegue cumprir nenhuma das funções assinaladas pelas teorias positivas, as quais, na verdade, são contraditórias e incompatíveis entre si. Daí a formulação de uma teoria *negativa* ou *agnóstica*, ou seja, que não delimite a pena em razão de suas pretensas funções⁵⁰. Parte-se, então, para a construção do conceito da pena, a partir de referências ônticas, considerando-a “(...) (a) *uma coerção*, (b) *que impõe uma privação de direitos ou dor*; (c) *que não repara nem restitui* e (d) *nem tampouco faz cessar as lesões em curso, nem neutraliza os perigos iminentes*. [Nossa livre tradução.]”⁵¹

O modelo restaurativo, considerando as críticas ora delineadas, apóia-se num sistema que reconstrói o paradigma de justiça e não culmina com a imposição de uma pena irracional. Idealiza-se um modelo que prima pelo reconhecimento de “*responsabilidades recíprocas de cidadania, as quais precisam de um ambiente comunicativo livre e aberto à veiculação de emoções, para ser transmitido com alguma eficiência*.”⁵²

Tem-se que, para se propiciar a coesão social, numa sociedade complexa e plural como a nossa, porém, onde se espera fertilizar laços de solidariedade, a confirmação das normas não deve ser feita pela atemorização da sanção. Tal finalidade impõe uma *ética de comunicação* sobre o conteúdo da norma, que permita que, por meio de uma atividade dialética, os envolvidos, de maneira emancipatória, tomem conhecimento acerca da relação que os envolve e do ordenamento jurídico⁵³.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. p. 204.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edição, Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anônima, 2002. pp. 44-45.

⁵¹ No original: “(...) (a) *una coerción*, (b) *que impone una privación de derechos o un dolor*; (c) *que no repara ni restituye* y (d) *ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes*.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Derecho Penal. Parte General*. p. 45.)

Referido autor entende que, uma vez conceituada a pena dentro dessa realidade ôntica (pena como inflição de dor, sem idoneidade para solucionar o conflito), determinada sanção pode ser considerada como *pena*, independentemente do ramo do direito que está tecnicamente inserida (*nomen juris*). Assim, são penas, por exemplo, sanções militares, sanções graves de direito administrativo, medidas para menores, reclusões em asilos para anciões, prisão preventiva prolongada, reclusões psiquiátricas, etc. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. p. 204.)

⁵² SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 191.

⁵³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 192.

(...) a concordância com as normas, por sua vez, pressupõe a liberdade de discordar, de discutir seus reflexos a partir do marco do conflito, que sempre abre a oportunidade para a mediação entre a comunidade e o sistema normativo e a estabilização de um consenso real, pois negociado, aceitável e livre da coerção penal⁵⁴.

Sob a perspectiva de que o sistema punitivo não deve ter por fim a infligência de dor através do castigo, mas resolver o conflito explicitado pelo crime e promover a efetiva coesão e pacificação social, a Justiça Restaurativa busca sua fonte ideológica e acredita que é possível a construção de uma justiça democrática, capaz de agregar a pluralidade, ao invés de promover a exclusão.

⁵⁴ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 193.

Capítulo II

Justiça Restaurativa: Um Novo Modelo de Justiça Penal

O que se pretende é algo muito maior, é uma responsabilidade que se funda na liberdade e não na submissão, na mera obediência cega e acrítica, por isso o fundamental deslocamento de uma justiça que, de fora e do alto, reprime, estigmatiza e exclui, para uma outra que, de dentro, promove responsabilidade para a emancipação.

Eduardo Rezende de Melo

1. Justiça Restaurativa - Conceituação e Objetivos

A Justiça Restaurativa impõe-se como uma alternativa ao modelo penal tradicional, pautada em um paradigma que se contrapõe ao modelo de justiça consolidado – o qual é constituído sob o paradigma punitivo/retributivo. Este novo modelo⁵⁵, influenciado fortemente pelas correntes abolicionistas, a partir da análise crítica do sistema penal, questiona sua legitimidade e aponta seu estágio de crise e saturação.

⁵⁵ Não pretendemos no presente trabalho discorrer sobre as origens da Justiça restaurativa. No entanto, é interessante noticiarmos os ensinamentos de Mylène Jaccoud sobre o tema. A autora expõe que, nas sociedades comunais, privilegiavam-se as práticas de regulamentação social focadas na manutenção da sua coesão. Nestas sociedades, a transgressão da norma demandava uma reação voltada para o restabelecimento do equilíbrio que fora rompido, por meio de uma *ordem negociada*, para se evitar a desestabilização do grupo social. Com a centralização do poder e o surgimento dos estados modernos, houve o afastamento da vítima do processo criminal e as práticas de justiça perderam o sentido de promover a reintegração social. Nesse cenário, as formas de justiça negociada perderam espaço.

O surgimento contemporâneo do movimento restaurativista se origina, de certa maneira, da idéia de se retomar tais práticas de resolução de conflitos tradicionais dos povos comunais, por meio de uma ordem de justiça negociada, na busca de se estabelecer um reequilíbrio das relações afetadas e maior coesão social.

A mesma autora, com base em Faget, defende que os fatores decisivos para o aparecimento do movimento restaurativista foram os movimentos de *contestação das instituições repressivas*, da *descoberta da vítima* e de *exaltação da comunidade*. O primeiro originou-se nas universidades norte-americanas e teve como um dos maiores destaques os trabalhos da Escola de Chicago e da criminologia radical. Tal movimento adotou a premissa durkheimiana de que o crime não é um fato social patológico, mas uma característica normal da vida em sociedade e passou a criticar o papel e os efeitos das instituições repressivas.

O movimento vitimológico apareceu após o fim da Segunda Guerra Mundial e despertou o interesse dos teóricos de se analisar as necessidades da vítima e, principalmente, inspirou as críticas quanto a ausência da vítima no processo penal.

Por fim, também foi importante para o surgimento do modelo restaurativista o movimento que fez a promoção da comunidade, lembrando as sociedades tradicionais (comunais), valorizando-as como o lugar em que os conflitos são menos numerosos, melhor administrados e onde há maior coesão social. (JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al.* **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 163/165.)

No entanto, ao invés de propor a eliminação do sistema penal, como o fazem as correntes abolicionistas, a Justiça Restaurativa defende a sua remodelação, a fim de que o Direito Penal possa ser, de fato, um instrumento que promova a pacificação social e garanta a proteção da dignidade da pessoa humana.

Não há uma definição exata de o que é a Justiça Restaurativa, haja vista este ser um modelo relativamente novo⁵⁶, ainda em construção, que não possui um padrão único consolidado. Tem-se apenas uma gama de valores e princípios típicos que devem ser observados para que se possa afirmar que determinado projeto está situado num contexto restaurativo.

A Justiça Restaurativa pressupõe dois aspectos centrais. Primeiramente, a mudança no procedimento de se lidar com o crime, para que o processo penal não promova a exclusão e a estigmatização, mas, pelo contrário, para que ele seja um instrumento de inclusão e *empoderamento*⁵⁷ das partes, sempre atento às garantias e direitos fundamentais. Em segundo, implica na alteração dos valores que fundamentam o sistema penal, para que ele não seja conduzido pelo desejo de vingança e retribuição do mal, porém pelo anseio de reconciliação e reparação⁵⁸. Pressupõe-se que acrescentar um mal a outro mal não o transforma em bem, sendo preferível primar por um ambiente de reconstrução social.

As Organização das Nações Unidas – ONU – assim definem Justiça Restaurativa:

A Justiça Restaurativa refere-se ao processo de resolução do crime focando em uma nova interpretação do dano causado às vítimas, considerando os ofensores responsáveis por suas ações e, ademais, engajando a comunidade na resolução desse conflito. A participação das partes é uma parte essencial do processo que enfatiza a construção do relacionamento, a reconciliação e o desenvolvimento de acordos concernentes a um resultado almejado entre vítima e ofensor. (...) Através deles, a vítima, o ofensor e a comunidade recuperam controle sobre o processo. Além disso, o processo em si pode,

⁵⁶ Mylène Jaccoud nos ensina que, a partir da metade dos anos 70, houve as primeiras experiências piloto de aplicação do modelo restaurativo no mundo, as quais foram institucionalizadas na década de 80, tendo a fase de expansão da Justiça Restaurativa se dado apenas na década de 90. Daí, concluímos que, de fato, a Justiça Restaurativa é um movimento relativamente novo. (JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. p. 166.)

Sobre o histórico da Justiça Restaurativa, Sica nos informa que a Nova Zelândia é o país pioneiro na implantação de práticas restaurativas. “*Em uma tentativa de melhor compatibilizar o sistema de justiça da infância e da juventude com as tradições culturais do povo maori, foi editado, em 1989, o Children, Young Persons and Their Families Act, pelo qual passou a ser a família a instância privilegiada na tomada de decisões quanto às conseqüências derivadas da prática infracional do jovem.*” (SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 82).

⁵⁷ Optamos na presente monografia por trabalharmos com o neologismo “empoderamento”, que é a tradução do vocábulo inglês *empowerment*.

⁵⁸ JOHNSTONE, Gerry. *How, And In What Terms, Should Restorative Justice Be Conceived? In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). Critical Issues in Restorative Justice*. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. p. 10/11.

frequentemente, transformar o relacionamento entre a comunidade e o sistema de justiça como um todo. [Nossa livre tradução.]⁵⁹

Por sua vez, Highton *et al* expõem sobre o modelo restaurativo de justiça, da seguinte forma:

No lugar de concentrar-se somente no infrator e definir o conceito de justiça por uma finalidade tendente exclusivamente a infligir culpas, administrar e impor penas, o movimento a favor da justiça restaurativa reconhece que o crime lesiona a vítima, a comunidade e o transgressor da lei. A justiça restaurativa constitui uma filosofia, uma atitude, um modo de pensar e um novo paradigma quanto à forma de enfrentar o delito, desde a perspectiva da vítima, do infrator e da comunidade. [Nossa livre tradução.]⁶⁰

Analisando essas duas definições, percebemos que, sob as lentes da Justiça Restaurativa, como já brevemente exposto no tópico n. 1 do primeiro capítulo, o crime não é concebido como um evento que viola o Estado, a sociedade – em seu sentido abstrato – ou a ordem jurídica, mas, sim, como lesão às pessoas e às suas relações intersubjetivas. O crime, portanto, é analisado por um viés fenomenológico, considerado como a manifestação de um conflito com profundos significados para as partes e que, de alguma forma, lesiona-os⁶¹.

Nesse esteio, a proposta da Justiça Restaurativa é a construção de um sistema que trabalhe no processo de busca de alternativas capazes de promover a reparação dos danos ou “cura” das feridas causadas pela situação danosa, com enfoque em todas as partes afetadas, ou seja, em vítima, ofensor e comunidade.

O processo deve ser um instrumento de *empoderamento* das partes. Assim, entende-se que as partes não apenas devam assistir ao que acontece no processo penal passivamente – como ocorre sob o paradigma retributivo –, mas deve lhes ser oportunizada a possibilidade de participação ativa nos procedimentos voltados às tomadas de decisões, haja vista ser o seu

⁵⁹ No original: “*Restorative justice refers to a process for resolving crime by focusing on redressing the harm done to the victims, holding offenders accountable for their actions and, often also, engaging the community in the resolution of that conflict. Participation of the parties is an essential part of the process that emphasizes relationship building, reconciliation and the development of agreements around a desired outcome between victims and offender. (...) Through them, the victim, the offender and the community regain some control over the process. Furthermore, the process itself can often transform the relationships between the community and the justice system as a whole*”. (UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. Criminal Justice Handbooks Series. Disponível em http://www.idcb.org.br/documentos/Ebook_justice.pdf. Acesso em 10 de julho de 2007. p. 06.)

⁶⁰ HIGHTON, Elena I. *et al*. *Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal. La mediación Penal y los Programas Víctima-Victimario*. Buenos Aires, República Argentina: AD-HOC S.R.L., 1998. p. 77.

No original: “*En lugar de concentrarse solamente en el infractor y definir el término justicia por una finalidad tendiente exclusivamente a endilgar culpas y administrar e imponer penas, el movimiento em pro de la justicia retributiva reconoce que el crimen lesiona a la víctima, a la comunidad y al transgresor de la ley. La justicia retributiva constituye una filosofía, una actitud, un modo de pensar y un nuevo paradigma em cuanto a la forma de enfrentar el delito desde la perspectiva de la víctima, del infractor y de la comunidad.*”

⁶¹ JOHNSTONE, Gerry. *How, And In What Terms, Should Restorative Justice Be Conceived?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). *Critical Issues in Restorative Justice*. pp. 8-9.

conflito que se está decidindo. Nas palavras de Zehr, “*a justiça deve ser vivida, não apenas feita pelos outros e contada a nós.* [Nossa livre tradução.]”⁶²

A construção de um sistema penal que prime pelo empoderamento possibilita que a Justiça seja verdadeiramente *sentida* pelas partes. Ao contrário do que ocorre no modelo retributivo, em que o caso é conduzido e decidido exclusivamente por terceiros, enquanto os personagens do conflito, em especial a vítima, ficam excluídos de todo o processo de decisão, a Justiça Restaurativa opta por procedimentos que tornem a Justiça uma experiência vivida por aqueles que se envolveram no conflito⁶³.

Sob este novo paradigma, a atuação penal é guiada com o olhar voltado para o futuro, na busca por tentar reparar, em todas essas dimensões – mesmo que simbolicamente – as mazelas sofridas. Este é um dos aspectos em que o modelo restaurativo contrapõe-se ao retributivo, na medida em que este tem suas operações voltadas para o passado. Essa diferença é evidenciada quando se nota, por exemplo, que o processo criminal tradicional é guiado pela necessidade de se atribuir culpa a alguém. Questiona-se a todo momento: Quem praticou o ato? O fato, da maneira como ocorreu, é um ilícito penal? Houve dolo? Tais questionamentos são conduzidos pelo estreito foco de interpretação da realidade característico desse sistema, que pretende “encaixar” o ato lesivo em alguma das abstrações técnicas pré-concebidas do sistema jurídico, o qual, de antemão, possui mecanismos que prevêm a resposta que deverá ser dada àquele comportamento delituoso.

Nesse modelo – retributivo – não há espaço para uma orientação subjetiva, contextual e individualizada. Tenta-se, na medida do possível, encontrar a “solução” de cada conflito na análise de casos análogos já ocorridos, de precedentes jurisprudenciais. Novamente o olhar volta-se para o passado e o reproduz⁶⁴.

Como defende Zehr, a “culpa” que o modelo retributivo/punitivo busca auferir não é visualizada da maneira como foi vivenciada pelos personagens envolvidos. Na verdade, sequer importa a maneira como eles se sentem ou interpretam aquela realidade. A culpa é moldada em uma percepção técnica, que, a partir da dicotômica avaliação entre “culpado” ou “não-culpado”, delinear a atuação do sistema penal⁶⁵.

⁶² No original: “*Justice has to be lived, not simply done by others and reported to us.*” (ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice.* p. 203).

⁶³ O autor nos explica que, quando alguém diz à vítima que, em relação ao evento criminoso, foi tomada determinada decisão e que ela pode ir para casa, enquanto diz ao infrator que, como resposta ao seu ato, ele deverá ser preso, as partes não experienciam a Justiça. Assim, um processo que respeite a participação das partes, mesmo que não seja agradável, possibilita que as pessoas entendam o porquê de determinada decisão ser tomada, pois elas a vivenciam. (ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice.* p. 203.)

⁶⁴ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* p. 31.

⁶⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* pp. 66-67.

Uma vez fixada a culpa, a resposta pré-definida não se preocupa com as relações rompidas e desestruturadas pelo crime, nem questiona se algo poderá ser feito para harmonizá-las. Seu foco centra-se tão-somente naquele ato pontual que foi congelado no tempo e, a partir dessa análise, aplica uma sanção, que será o meio pelo qual o ofensor “pagará” à sociedade o mal que causou. Este modelo pressupõe que o equilíbrio da relação abalada se dá pela inflição de um mal ao infrator, porém, em tese, legítimo, pois exercido dentro da esfera de atuação estatal.

O modelo restaurativo, em contraposição, foca-se no futuro, na medida em que, mais do que investigar os exatos moldes em que o fato ocorreu, para, então, aplicar uma sanção ao ofensor, perquire quais as relações que foram desestabilizadas, os danos causados, e em que medida isto ocorreu, para, daí, identificar o que pode ser feito para que eles sejam restaurados e alcança-se o reequilíbrio social.

Assim, explora-se o passado, mas sem que isto tenha um fim em si mesmo. Pretende-se melhorar o futuro, procurando uma solução para o problema e formas de evitar que os erros se repitam⁶⁶. Nesse sentido, é dito que “*ao invés de se definir justiça como retribuição, nós definiremos justiça com restauração. Se o crime é dano, a justiça irá reparar os danos e promover a reparação.* [Nossa livre tradução.]”⁶⁷

Conforme salienta Hudson, o paradigma restaurativo não acredita que, para ajudar a vítima, seja necessário ter uma postura agressiva em relação ao ofensor⁶⁸. Nesta perspectiva, o direito penal é concebido desvinculado do binômio crime-pena, o que pode causar estranheza àqueles que não assimilaram os valores restaurativos.

Tal estranheza é ainda mais evidente, quando se lembra que a nossa tradição jurídica é pautada na contraposição entre o civil e o penal.

Um dos pontos inabaláveis da racionalidade penal é a visão dicotômica entre um direito civil, voltado para o mundo e interesses privados das partes litigantes e um direito criminal, voltado para o mundo público e os interesses da coletividade, com exclusão dos interesses das partes (salvo se coincidentes com os primeiros). O primeiro é flexível, ouve as partes e busca a justiça e a equidade impondo reparações, acordos, etc., para solucionar os conflitos; o segundo é inflexível, fechado e só dispõe de uma forma limitada para intervir nos conflitos, que é distribuir o mal, pagá-lo na mesma moeda (...).

⁶⁶ HIGHTON, Elena I. *et al. Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal*. pp. 76-77.

⁶⁷ No original: “*Instead of defining justice as retribution, we will define justice as restoration. If crime is injury, justice will repair injuries and promote healing.*” ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. p. 186.

⁶⁸ HUDSON, Barbara. *Victims and Offenders*. In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 178.

Daí em diante, definem-se dois mundos jurídicos pela natureza da resposta oferecida aos conflitos. Do ponto de vista do penalista, a visão que a sanção penal contém um “dever ser” (punir), pelo que a *autorização* de punir erigida por meio do contrato social, em dado momento, transmuda-se em *obrigação* de punir. Assim, a necessidade de sanção punitiva define o que é do âmbito “penal”, e a possibilidade de reparação define o que é do “civil”⁶⁹.

Nesse ponto, retomamos as idéias consideradas no tópico 3 do primeiro capítulo quanto à *pena*. Este novo restaurativo rompe com a idéia de responder o mal com o mal, aceita que se reaja ao delito sem ser necessário a infligção de sofrimento e move-se “*para uma leitura relacional do fenômeno criminoso*”⁷⁰. Adota, ainda, a premissa de que, para que se alcance a confirmação das normas e a coesão social, ao mesmo tempo em que se espera estimular laços de solidariedade, a ordem vigente deve conduzir-se pela ética da comunicação, ao invés de tentar alcançar tais metas pela atemorização da sanção.

Dessa maneira, entende-se que o sistema penal deve promover a ampliação dos espaços de consenso, por meio, nas palavras de Sica, da “*atividade comunicativa de conhecimento e interpretação das expectativas recíprocas de comportamento*”⁷¹, possibilitando, com isso, alternativas que proporcionem que os envolvidos na situação problemática construam um significado ao conflito

Nessa linha, Leonardo Sica defende que o Direito Penal, antes de ser “Penal”, é também “Direito”, e, por isso, não há que se ter essa radical diferenciação entre direito civil e penal⁷². Nas duas esferas, o que se pretende é alcançar a pacificação social. Portanto, mostra-se coerente que o Direito Penal valha-se de instrumentos que não visem a simples punição, mas, em especial, a reparação dos danos.

Uma crítica que se pode fazer é que a condenação penal impõe a obrigação ao infrator de reparar o dano, como prevê o artigo 91 do Código Penal Brasileiro⁷³. Logo, à primeira vista, pode ser defendido que o sistema penal tradicional proporciona a reparação dos danos, pelo menos em relação à vítima, ainda que indiretamente.

No entanto, como contra-crítica, responde-se que supra dispositivo possui escassa aplicabilidade, haja vista a insolvência dos apenados, na maioria dos casos, que, por razões

⁶⁹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 167.

⁷⁰ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 165.

⁷¹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 192.

⁷² SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 160.

⁷³ Artigo 91 do Código Penal Brasileiro: “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;”

óbvias, é agravada pela pena de prisão⁷⁴, além de essa obrigação não ser aplicada nos casos em que o dano não se prende à esfera patrimonial.

Além disso, a compensação dos danos, em seu sentido material, também não é o objetivo final do processo restaurativo. Este é, frise-se, a construção de um ambiente de paz⁷⁵. Em muitos casos, como quando o ofensor não possui condições financeiras de arcar com os prejuízos patrimoniais que causou, quando os interesses lesados são difusos ou, ainda, quando o dano supera a dimensão patrimonial, pode-se estabelecer acordos em que se promova uma reparação *simbólica*⁷⁶, no qual o ofensor estará, ativamente, adotando uma postura de “restauração”.

Com criatividade, pode-se descobrir inúmeras maneiras de, simbolicamente, fazer com que o ofensor repare o dano – seja ele patrimonial ou não⁷⁷ –, como, por exemplo, com a prestação de serviços, em favor da própria vítima, da comunidade ou de entidades públicas, com a formalização de um pedido de desculpas por escrito, o comprometimento de uma mudança de postura, etc.

Poderíamos até mesmo imaginar hipóteses em que o procedimento restaurativo não culmine com um acordo, mas que nem por isso seja considerado fracassado. Ora, por que não considerarmos bem sucedido o procedimento em que a vítima sinta-se reparada com o simples fato de ter tido a oportunidade de expressar ao ofensor suas considerações pessoais e ter ouvido dele uma justificativa para o seu comportamento, sentindo que este se arrependeu verdadeiramente⁷⁸? Tal contexto pode significar a transformação da forma de percepção da realidade pelas partes e isto, por si só, simbolizar a restauração⁷⁹.

O mais importante, como se percebe, é possibilitar que alternativas sejam construídas, ao invés de se adotar respostas pré-concebidas pela técnica jurídica que o sistema penal, sob o paradigma retributivo, oferece.

⁷⁴ DEL VECCHIO, Giorgio *apud* SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 165.

⁷⁵ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa como Perspectiva para a Superação do Paradigma Punitivo*.

⁷⁶ Entenda-se que “simbólica”, no sentido aqui empregado, não possui a conotação de diminuir a reparação dos referidos acordos. Significa apenas que, em alguns casos, podem ser buscadas formas alternativas de reparação que não visem estritamente a indenização material dos danos, mas outros meios que transmitam o *símbolo* da reparação.

⁷⁷ Saliba nos expõe que o paradigma restaurativo implica também no rompimento da cultura do patrimonialismo. Assim, para que haja a reparação do dano, não se faz necessário que este seja pecuniariamente mensurável e que o infrator recomponha os prejuízos sofridos pela vítima nesses termos. Pode-se buscar várias formas alternativas de reparação, que não unicamente financeiras. SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa como Perspectiva para a Superação do Paradigma Punitivo*.

⁷⁸ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. p. 77.

⁷⁹ KONZEN, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional. Desvelando Sentidos no Itinerário da Alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Percebemos que a Justiça Restaurativa mostra-se como um modelo pautado, sobretudo, na ética da alteridade, no qual não visa a simples punição do ofensor. Por meio de um procedimento dialógico, pretende-se alcançar soluções substantivamente mais justas do que aquelas proporcionadas pelo modelo penal tradicional, em atenção, sempre, à singularidade e complexidade humana, bem como aos direitos e garantias fundamentais, numa estrutura chamada por Barbara Hudson de *justiça discursiva*, oposta ao modelo de *justiça processual*⁸⁰.

2. O Tripé Vítima – Ofensor – Comunidade

2.1. O Empoderamento da Vítima⁸¹

O movimento vitimológico, o qual exerceu forte influência no movimento restaurativista, exaltou, entre outros, a necessidade de não se excluir a vítima da justiça penal⁸². Entende-se que o mecanismo de confisco do conflito pelo poder público desumaniza a vítima, pois não a considera como sujeito de direito, mas apenas como objeto ou o *signo* que permitirá a ingerência estatal⁸³. Em contraposição, a Justiça Restaurativa opta por um sistema que, de fato, inclua a vítima no processo de resolução do conflito, pois, afinal, foi o *seu* conflito que deu causa à atuação estatal⁸⁴.

Por sua vez, a inclusão da vítima não implica na exigência de o Estado renunciar o controle penal. Necessita, apenas, que sejam previstos, no sistema processual, procedimentos que permitam que ela desenvolva uma postura ativa, e, com isso, viva a experiência da justiça,

⁸⁰ HUDSON, Barbara. *Victims and Offenders*. p. 192.

⁸¹ Vale registrarmos que uma importante questão que permanece em aberto na construção doutrinária da Justiça Restaurativa refere-se aos crimes supra-individuais ou que ofendam bens jurídicos difusos e que, portanto, não têm vítima determinada. Por ser esta uma questão que é apenas muito incipientemente trabalhada na doutrina restaurativista, optamos por nos abster em relação a esse assunto. No entanto, consigne-se que há autores como Grazia Mannozi que não excluem a aplicação do sistema restaurativo para tais conflitos, devendo, no entanto, serem adaptados os procedimentos aplicados. (MANNOZI, Grazia *apud* SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 33.)

⁸² SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 170.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. p. 385.

⁸⁴ Highton *et al* discorrem que, na forma em que tradicionalmente se desenvolve o sistema penal, a vítima é duplamente perdedora. Primeiro, em relação ao infrator e, depois, em relação ao Estado que se apropria do conflito e impede que ela participe do processo de decisão do seu próprio conflito. Propõe-se, por conseguinte, um modelo de justiça que evite tal distorção. (HIGHTON, Elena I. *et al. Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal. La Mediación Penal y los Programas Víctima-Victimario*. p. 40/41.)

ao invés de, passivamente, assistir a que outros o façam. Assim, sob este paradigma, não se pretende a privatização do sistema de justiça, mas a sua democratização⁸⁵.

Pode-se parecer muito drástica a afirmação de que o sistema penal exclui a vítima, quando se pensa, por exemplo, que ela é intimada a comparecer na delegacia e em juízo para prestar depoimento sobre os fatos, fazer o reconhecimento do infrator, etc. Contudo, essa “participação” se dá sempre numa posição de passividade. Ela é mera expectadora, não assumindo uma postura ativa na busca de soluções. Tal participação não atende aos seus legítimos interesses⁸⁶.

O empoderamento da vítima, por meio da sua inclusão no processo penal, proporciona que se supere a clássica visão sobre ela, que a coloca numa estereotipada postura de debilidade e fragilidade, para, em contraposição, lhe ser oferecido o papel de protagonista da relação processual.

No entanto, como salienta Sica, deve-se ter especial cuidado para não cairmos nos discursos repressivos e reacionários, que culminam com a adoção de medidas ligadas à filosofia do castigo, o que não se compatibiliza com a fórmula restaurativista, como se percebe:

A reintegração da vítima, portanto, é movimento real, necessário e em andamento. Porém, a potencialização de seu papel pode servir a discursos repressivos e reacionários, opostos às metas de redução da violência punitiva e superação da filosofia do castigo, visto que muitos movimentos das vítimas são insuflados pela retórica de “lei e ordem” e instrumentalizam a manipulação do medo para o reforço e alargamento de limites do poder punitivo, por vezes, para muito além das barreiras das garantias constitucionais. A abertura desregulada às vítimas pode muito bem apontar para a privatização do sistema (...) e para a rearticulação do discurso do crime (...) como obstáculo para a democratização do sistema de justiça. (...) O sofrimento as vítimas é, por um lado, um ponto a ser tratado com mais atenção pela justiça penal, mas por outro, atrai um interesse pernicioso da mídia e, por conseqüência, também atrai a atenção de políticos, especialmente durante as campanhas eleitorais, porquanto esse sofrimento é um terreno fértil para a propagação de discursos demagógicos e sensacionalistas.⁸⁷

⁸⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 170.

⁸⁶ Ensinam-nos Highton et al: “(...) a essa mesma vítima não são atendidos seus anseios e pedidos, por mais razoáveis e justificados que sejam. E mais, não lhe é informado o desenvolvimento da causa, porque ela não assume papel processual algum, ‘não é parte’. Todo ele [o processo penal] configura o panorama da revitimização ou vitimização secundária que permite formular uma angustiante pergunta: vítima do delito ou vítima do processo?” [Nossa livre tradução.]

No original: “(...) a esa misma víctima no se la atiende en sus deseos y pedidos, por más razonables y justificados que sean. Es más, ni se le informa del desarrollo de la causa porque, si no asume algún rol procesal concreto, ‘no es parte’. Todo ello configura el panorama de la revictimización o victimación secundaria que permite formular un angustiante interrogante: ¿víctima del delito o víctima del proceso?” (HIGHTON, Elena I. et al. *Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal*. p. 46/47.)

⁸⁷ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 173.

Cabe ao sistema de justiça penal identificar quais são as necessidades da vítima e trabalhar para que elas sejam supridas⁸⁸. Em muitos casos, uma das maiores necessidades é que lhe seja devolvida a sensação de segurança, perdida com o crime. Para tanto, a atuação estatal deve ser, por óbvio, no sentido de se descobrir quem foi o autor do dano, mas, além disso e primordialmente, o Estado deve demonstrar que algo foi feito para tentar reparar o dano e diminuir as chances de que aquele evento se repita⁸⁹.

A vítima precisa ainda de ter oportunidade de expressar a sua dor, e de que as pessoas que de alguma forma estiveram envolvidas com aquela situação, em especial o ofensor, escutem-na, validem sua experiência e junto com ela reconheçam que a situação conflituosa lhe representou um mal⁹⁰. Assim, defende-se a urgência do sistema penal em estabelecer esse canal de comunicação entre vítima, ofensor e comunidade.

Este é um ponto no qual o paradigma restaurativo contrasta com o paradigma retributivo. Neste, a vítima só é chamada a se expressar, para prestar informações sobre determinados dados específicos que a dogmática jurídica já consolidou como importante para o deslinde da controvérsia. Ela, quando presta seu depoimento perante o Juiz ou o Delegado de Polícia, se atém a responder questionamentos específicos, cujas respostas sequer serão consideradas da forma que foram fielmente ditas, mas transformadas pelos operadores do direito em uma linguagem legal. Estas respostas ajudarão o sistema a encaixar o conflito em uma das abstrações técnico-jurídicas pré-concebidas, as quais, de certa forma, anularão a singularidade do evento conflituoso, pois não será levada em consideração a análise subjetiva que a vítima fez daquele fato⁹¹.

A grande importância em ser disponibilizado esse canal de comunicação está em viabilizar a ruptura dos estereótipos construídos acerca do ofensor e, a partir disso, a vítima terá a oportunidade de enxergá-lo como um indivíduo real⁹². A visualização do ofensor em sua humanidade potencializa a sua aproximação da vítima e contribui para o processo de redução do medo e insegurança causados pelo crime.

Verificamos, assim, que a redescoberta da vítima significa, fundamentalmente, a busca pelo reequilíbrio das relações sociais, sem que o seu sofrimento seja compensado com a

⁸⁸ ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. p. 191.

⁸⁹ ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. p. 191.

⁹⁰ ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. p. 191.

⁹¹ HUDSON, Barbara. *Victims and Offenders*. p. 179.

⁹² Vera Andrade nos ensina que “os estereótipos (...) são construções mentais, parcialmente inconscientes que, nas representações coletivas ou individuais, ligam determinados fenômenos entre si e orientam as pessoas na sua atividade quotidiana (...)”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica*. p. 269.)

expição de outrem. Esta harmonização se dá por medidas que impeçam a revitimização e que, dentro do possível, reparem os danos⁹³.

2.2. O Olhar sobre o Ofensor

Conforme abordado no tópico anterior, o modelo restaurativo defende a viabilização de um canal de comunicação, o qual, além de servir para que a vítima externe sua visão sobre o conflito, possibilita que o ofensor receba a mensagem de desaprovação social, compreenda a natureza lesiva de seu ato e externe a sua análise sobre aquela situação.

Inclusive, expressar desaprovação social, no entendimento de Lode Walgrave, é a função mais importante da justiça penal. No entanto, o sistema retributivo falha ao exercê-la, pois seu foco é tão centrado na punição que não consegue, de maneira eficiente, transmitir referida mensagem⁹⁴, seja à vítima – que pretende que validem a sua angústia – ou ao ofensor.

Assim disserta o referido autor:

A sentença deve comunicar uma clara desaprovação ao público em geral, mas ela falha ao comunicar adequadamente aos outros atores centrais no crime – a vítima e o ofensor. Uma boa comunicação demanda um cenário adequado. Este não é o caso do fórum, onde o confronto prevalece sobre a comunicação, frente ao juiz que irá, ao final, decidir acerca do tipo e do grau da dura resposta. O ofensor não escuta a mensagem moralizadora, mas tenta escapar tão ileso da punição quanto for possível. Ele não ouve o convite, mas vivencia a ameaça (...). [Nossa livre tradução.]⁹⁵

Atento às considerações acerca desse déficit de comunicação, defende-se a adoção de medidas que potencializem a capacidade do ofensor de compreender o efeito socialmente danoso de sua conduta, reinterpretar a realidade e, sob essa nova perspectiva, transformar-se, bem como as relações que foram desestruturadas.

Acredita-se que o crime é uma forma encontrada pelo ofensor de tentar transmitir uma mensagem, muitas vezes, um pedido de ajuda. Zehr defende que, em alguns casos,

⁹³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 177.

⁹⁴ WALGRAVE, Lode. *Has Restorative Appropriately Responded to Retribution Theory and Impulses?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb. **Critical Issues in Restorative Justice**. p. 50.

⁹⁵ No original: “*The sentence may communicate a clear disapproval to the public at large, but it fails to communicate adequately to the other key actors in the crime – the victim and the offender. Good communication needs adequate settings. This is not the case in court, where confrontation prevails over communication, in front of the judge who will at the end decide upon the kind and degree of hard treatment. The offender does not listen to the moralizing message but tries to get away with as lenient a punishment as possible. He does not hear invitation, but experiences the threat (...)*” (WALGRAVE, Lode. *Has Restorative Appropriately Responded to Retribution Theory and Impulses?* p. 50.)

demonstra que o próprio ofensor anteriormente também sofreu uma lesão, como um abuso sexual quando criança, ou a sua falta de capacitação adequada que o impossibilita viver dignamente. Assim, o crime pode ser a forma encontrada de obter auto-afirmação e empoderamento⁹⁶.

A Justiça Restaurativa, por sua vez, opta pelo oferecimento de meios que permitam que o ofensor interprete o real significado de sua conduta e tente transmitir esta mensagem de maneira socialmente menos agressiva, por um processo marcado pelo diálogo que não contribua para a promoção da sua exclusão.

Outro ponto essencial é que, em alguns tipos de crime, para melhor lidar com a situação, o ofensor tende a racionalizar a sua conduta, negando sua lesividade ou a humanidade das vítimas⁹⁷. Outras vezes, tenta impor a culpa sobre a vítima, com a crença de que ela o obrigou a agir daquela forma e, portanto, não tinha a opção de se comportar de outra maneira⁹⁸. Dessa maneira, a comunicação entre os envolvidos ajuda no processo de rompimento de estereótipos e racionalizações.

Sobre algumas das necessidades que o sistema penal deve atentar, explica-nos Howard Zehr:

Eles [os ofensores] precisam ter contestados seus estereótipos e suas racionalizações (...) acerca da vítima e do evento. (...) Precisam desenvolver habilidades profissionais e interpessoais. Geralmente, precisam de assistência emocional. Precisam aprender a canalizar a raiva e a frustração de um jeito mais adequado. Precisam aprender a desenvolver uma auto-

⁹⁶ ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. p. 182.

⁹⁷ Assim discorre Hudson: “Infratores de crimes mais simples frequentemente negam que exista alguma vítima – o ladrão de shopping que pensa que não há qualquer vítima real, apenas um lojista sem rosto; o bandido ou o ladrão de carro que diz a si mesmo que o seguro fará com que não haja nenhum dano ou perda; o taxista trapaceiro que pensa que todos fazem isso, e, de qualquer jeito, é o “nosso dinheiro”. Aqueles que cometem os crimes mais brutais negam a humanidade de suas vítimas – o criminoso de guerra, o torturador, o genocida, o explorador de mão-de-obra a baixos salários, aquele que rotineiramente reforça a prática de condutas discriminatórias, não sentem que estão lesando um ‘Outro’ que é como eles. O agressor racial, o homem que espanca mulheres, o violentador sexual, todos negam que aqueles que eles vitimizam tenham algo em comum com eles. [Nossa livre tradução.]”

No original: “Perpetrators of run-of-the-mill crimes often deny there is any victim at all – the shoplifter who thinks there is no real victim, only a faceless retail chain; the burglar or car thief who tells himself the insurance will make good any damage or loss; the tax-fiddler who thinks that everybody does it, and it’s “our own” money anyway. Perpetrators of the greatest harm deny the humanity of their victims – the war criminal, the torturer; the genocide; the exploitative low-payer; the routine enforcer of discriminatory rules, do not feel they are harming an ‘Other’ who is like themselves. The racist attacker, the woman beater, the sexual predator, all deny the commonality with themselves of those they victimise. (...)” (HUDSON, Barbara. *Victims and Offenders*. In: VON HIRSCH, Andrew et al (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. pp. 180-181.)

⁹⁸ Nestes casos, o infrator busca desculpas “racionais” para o seu ato, de forma a colocar a culpa na vítima pelo o que aconteceu, como, por exemplo, nos casos em que sustenta ter agido para defender sua honra, que a vítima o traiu, o ridicularizou, etc. (HUDSON, Barbara. *Victims and Offenders*. p. 183.)

imagem positiva e saudável. E, frequentemente, precisam de ajuda para lidar com a culpa. [Nossa livre tradução.]⁹⁹

Assim, para que seja possível haver um ambiente propício à restauração e à assunção de responsabilidades, urge serem trabalhados os aspectos supramencionados, possibilitando que o ofensor analise, interprete e compreenda o significado de seus atos e como eles afetam a vítima e a comunidade que o cerca.

2.3. A Participação da Comunidade

Primeiramente, cumpre definirmos quem são as pessoas que integram a *comunidade*. Paul McCold expõe que esse termo tem duas dimensões: a micro e a macro-comunidade¹⁰⁰. Integram a micro-comunidade aqueles que são afetados pelo crime por fazerem parte do círculo de convivência íntima da vítima e do ofensor, como seus familiares, amigos e os demais que constam de seu relacionamento pessoal, integrando, dessa forma, uma rede de relacionamento que independe de questões geográficas. Essas pessoas tendem a compartilhar sua percepção de mundo e a se influenciar mutuamente, razão pela qual a prática do crime também as afeta. Ainda que não tenham estado diretamente envolvidas no conflito, elas se sentem atingidas, pois têm um vínculo emocional com vítima e/ou ofensor.

Por sua vez, fazem parte da macro-comunidade as pessoas que, mesmo que não tenham um relacionamento pessoal com os envolvidos, convivem com eles no mesmo espaço geográfico, como na vizinhança, cidade, igreja, trabalho, associação, etc. Para essas pessoas, o crime não será vivenciado sob uma perspectiva emocional – ou, se o for, será em menor escala do que para aqueles que integram a micro-comunidade –, mas como um comportamento que pode acarretar na perda ou diminuição do sentimento de segurança coletivo. Assim, nesta dimensão, o crime pode diminuir a qualidade de vida da comunidade e afrouxar os vínculos sociais¹⁰¹.

⁹⁹ No original: “They [the offenders] need to have their stereotypes and rationalizations (...) about the victim and the event challenged. (...) They may need to develop employment and interpersonal skills. They often need emotional support. They may need to learn to channel anger and frustration in more appropriate way. They may need help to develop a positive and healthy self-image. And they often need help in dealing with guilt.” (ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. p. 200.)

¹⁰⁰ McCOLD, Paul. *What is the Role of Community In Restorative Justice Theory and Practice*. In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. pp. 155-156.

¹⁰¹ McCOLD, Paul. *What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice*. pp. 156-157. Como se percebe, “comunidade” no sentido empregado pela Justiça Restaurativa possui acepção concreta e não abstrata, como ocorre com o termo “sociedade”. Assim, a afirmação de que o crime produz uma lesão também à

Em sua perspectiva micro, as necessidades causadas pelo crime estão associadas a alternativas que reparem os danos sofridos. As partes, seus familiares e amigos irão realizar uma análise subjetiva dos fatos, mensurar as perdas e construir formas para sua superação. Já as necessidades da macro-comunidade relacionam-se a encontrar meios que fortaleçam o sentimento de segurança coletivo e de equilíbrio comunitário¹⁰².

Além disso, a comunidade também constrói estereótipos acerca do ofensor que o desumanizam e dificultam que ele seja enxergado como sujeito de direitos, além de reforçar desigualdades e preconceitos¹⁰³. O canal de comunicação que, à luz do paradigma restaurativo, o sistema de justiça deve disponibilizar, ao incluir a comunidade neste diálogo, ajuda a eliminação dos estereótipos concebidos e a busca de soluções justas e adequadas.

Esta intercomunicação potencializa as chances de empoderamento da comunidade e de serem identificadas e supridas as suas necessidades, que, dentre elas, estão a adoção de medidas que reforcem a denúncia do crime como um evento socialmente negativo e indesejado. Com isso, enaltecem-se os valores comunitários e, ainda, torna-se viável a adoção de providências que evitem que o fato lesivo se repita¹⁰⁴.

A assunção de responsabilidades que se intenta promover abrange também a comunidade, uma vez que, conforme desenvolvido nos tópicos 2.1 e 2.2 do presente capítulo, em alguns casos, vítima e/ou ofensor necessitam de suporte comunitário para desenvolver suas habilidades. Highton *et al* vão além nesta afirmação ao defender que a comunidade é responsável pelo bem-estar de seus membros. Daí a importância de a Justiça incluir a comunidade no processo de tomada decisões¹⁰⁵. Do contrário, o sistema contribuirá para o afrouxamento dos vínculos sociais e, com isso, para a promoção da exclusão do ofensor e da revitimização do ofendido.

comunidade, como defendido pela Justiça Restaurativa, possui sentido bastante diferente do clássico enunciado de que o crime é uma ofensa à *sociedade*, como propõe o modelo de justiça pautado sob o paradigma retributivo.

¹⁰² McCOLD, Paul. *What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice*. pp. 157-158.

É interessante diferenciarmos essas duas dimensões da comunidade, uma vez que esta diferenciação teórica possui implicações práticas. Por exemplo, nos projetos restaurativos, é interessante que haja a participação direta das pessoas que integram a micro-comunidade das partes (a participação de “todos” os membros da micro-comunidade inviabilizaria, obviamente, qualquer projeto, mas seria interessante a participação, ao menos, daqueles que têm um relacionamento mais estreito com os envolvidos), enquanto a participação dos membros da macro-comunidade se dá de forma representativa, podendo ser idealizadas maneiras de incluir alguns representantes comunitários nos procedimentos sem que seja necessário colocá-los frente a frente com vítima e/ou ofensor. (McCOLD, Paul. *What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice*. pp. 158.)

¹⁰³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 209.

¹⁰⁴ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 195.

¹⁰⁵ HIGHTON, Elena I. *et al. Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal. La mediación Penal y los Programas Víctima-Victimario*. p. 74.

Salienta-se, ainda, que o controle dos conflitos pelas autoridades estatais, se não tiver ao menos o respaldo moral da comunidade, pode apresentar um resultado vazio e ineficiente para a promoção da pacificação e coesão social.¹⁰⁶

Tais considerações revelam que o crime possui uma dimensão pública, a qual a Justiça Restaurativa não ignora, e corrobora a afirmação de que o seu modelo não é pautado pela idéia de privatização do controle penal, mas pela sua democratização. Propõe-se, por conseguinte, a conectividade entre o sistema de justiça, os personagens envolvidos no crime e a comunidade que os cerca, a fim de que as decisões tomadas sejam, de fato, legítimas e emancipatórias.

3. Respeito a Direitos e Garantias Individuais

Embora a Justiça Restaurativa caracterize-se pelo não rigorismo em suas formas e procedimentos, primando pela construção de um sistema adaptável às peculiaridades locais, esta maleabilidade não significa que seus programas não devam respeitar direitos e garantias individuais das partes. Pelo contrário, a observância desses direitos é imprescindível para que ela esteja situada em um paradigma capaz de construir uma sociedade harmônica, solidária e democrática.

Nesse sentido, as Organização das Nações Unidas, por meio do Conselho Econômico e Social, editou a Resolução n. 12/2002, que trata sobre os princípios básicos dos programas de Justiça Restaurativa e, dentre outros, estipula uma série de preceitos que os Estados devem observar quando da implantação de projetos restaurativos, a fim de que se evitem violações a direitos e garantias individuais¹⁰⁷.

Tal como prevê a primeira parte do parágrafo 8º da Resolução, primeiramente é necessário que exista consenso entre as partes em relação aos fatos essenciais relativos ao conflito. O ofensor deve, ainda, aceitar sua responsabilização¹⁰⁸, pois, do contrário, é praticamente impossível que as partes tenham uma postura de assunção autônoma de responsabilidades, a qual é um dos objetivos da Justiça Restaurativa.

¹⁰⁶ HIGHTON, Elena I. *et al.* *Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal*. p. 73.

¹⁰⁷ UNITED NATIONS. The Economic and Social Council. *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. Resolution n. 2002/12. Disponível em <http://www.un.org/docs/ecosoc/documents/2002/resolutions/eres2002-12.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2007.

¹⁰⁸ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. Criminal Justice Handbooks Series. p. 18.

Destaca-se também a garantia prevista na primeira parte do parágrafo 7º, que reza que “*os procedimentos restaurativos só devem ser usados quando há evidências suficientes para sustentar uma acusação contra o ofensor (...) [Nossa livre tradução]*”¹⁰⁹. Entendemos que este princípio possui duplo aspecto. Inicialmente, significa que se deve respeitar o princípio da legalidade. Não se mostra adequada a atuação desses programas em conflitos que não são penalmente tipificados ou nos que não há sequer ofensa mínima ao bem jurídico tutelado pela lei penal, o que, em respeito ao princípio da insignificância, exclui a própria tipicidade do fato.

Alargamos essa proposta e defendemos que os procedimentos restaurativos devem também verificar previamente se, no caso, não há alguma causa excludente da antijuridicidade do fato ou da culpabilidade do agente¹¹⁰. Apesar de na prática ser difícil esta verificação de plano, temos que, nos casos em que seja evidente sua presença, não há razão para que, mesmo assim, seja instaurado um procedimento restaurativo.

Aliás, o respeito a esses pressupostos é fundamental à essência da Justiça Restaurativa, haja vista ela estar inserida em um contexto de direito penal mínimo e a sua não observância poderia conduzir ao oposto, ou seja, à indesejada ampliação da rede de controle do sistema punitivo.

Em segundo, compreendemos que o princípio insculpido na primeira parte do parágrafo 7º preceitua que só podem ocorrer os procedimentos restaurativos quando houver, no caso, elementos hábeis a sustentar uma acusação contra o ofensor, o que significa, por exemplo, que deve haver dados que comprovem a materialidade do fato e fundadas evidências de que aquela pessoa é o seu autor.

A voluntariedade das partes na participação dos programas também é uma garantia que está prevista na Resolução n. 2002/12, em seus parágrafos 7º (parte final) e 13, alíneas “b” e “c”. Elas devem ser adequadamente informadas a respeito da natureza dos procedimentos, de seus direitos e das possíveis conseqüências de sua participação, sendo-lhes

¹⁰⁹ No original: “*Restorative processes should be used only where there is sufficient evidence to charge the offender (...)*”. UNITED NATIONS. The Economic and Social Council. *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. Resolution n. 2002/12. p. 41.

¹¹⁰ Cumpre pontuarmos que o fato de, no Brasil, existirem programas de Justiça Restaurativa aplicados a adolescentes, como os de São Caetano do Sul/ SP e Porto Alegre/ RS (estes programas serão brevemente apresentados nos tópicos 4.1 e 4.2 do terceiro capítulo), não exclui a afirmação de que devem ser observadas as causas excludentes de culpabilidade para a aplicação deste modelo de justiça, como a inimputabilidade penal. Como se verá em tópico pertinente (tópico 3.2 do próximo capítulo), embora a Justiça Restaurativa seja adequada ao tratamento de adolescentes em conflito com a lei, no caso, a sua atuação deve observar os princípios que regem o direito das crianças e dos adolescentes, ou seja, sem que os trate como se adultos fossem. Por tal razão, esses projetos não podem fazer com que menores de idade respondam por seus atos da mesma forma como os adultos, devendo estar adstrito aos marcos jurídicos próprios.

facultado o direito, se sentirem esta necessidade, de serem devidamente assistidos por advogado antes de consentirem em participar. O consentimento deve ser proferido sem qualquer coerção, mesmo porque o contrário inviabilizaria o sucesso dos programas, que necessitam de engajamento e sincera abertura das partes, para ser possível o alcance de um resultado pacificador. Por isso, deve ser plenamente facultado o direito de as partes desistirem de participar dos projetos em qualquer fase, até a assinatura do acordo final, sem que haja nenhum ônus¹¹¹.

Se, iniciado o procedimento, vítima e/ou ofensor desistirem de participar ou, por qualquer motivo, não for possível obter um acordo, o caso deve ser encaminhado imediatamente para a justiça tradicional e ter regular tramitação, sem que o procedimento restaurativo seja, sob nenhum aspecto, considerado durante o processo penal comum para dar resposta penal mais dura do que aquela que normalmente seria¹¹². Nessa hipótese, segundo Leonardo Sica, deve ser tão somente informado ao juízo competente que não houve consenso entre as partes, sem adentrar o mérito da questão¹¹³. Como preceitua a segunda parte do parágrafo 8º da Resolução, a participação do ofensor no programa restaurativo não pode jamais ser usada como evidência na admissão de culpa.

Uma questão que não possui resposta delimitada refere-se à hipótese em que há descumprimento do acordo. Segundo o parágrafo 17 da Resolução ora em questão, em tal situação, o procedimento deve ser reaberto ou retornar à justiça criminal tradicional, sem que o insucesso do acordo seja considerado como fundamento para uma punição mais severa do ofensor. Nessa mesma direção, Sica defende que, em tais casos, deve ser oportunizada nova discussão do acordo pelas partes e, se não houver a possibilidade de seu cumprimento, o caso deve ser encaminhado para a justiça tradicional, sem que o conteúdo do programa restaurativo seja considerado nessa nova fase¹¹⁴.

Essa postura permite que se preserve a garantia que é essencial à Justiça Restaurativa e que a faz tão diferente daquela pautada nos moldes retributivos, qual seja, o *sigilo* de seus procedimentos. A justiça tradicional é construída sobre a crença de que os crimes representam uma ofensa ao Estado e, por isso, o processo penal deve ser público, até mesmo para que cumpra sua finalidade de denúncia. No entanto, os pressupostos da Justiça Restaurativa

¹¹¹ FIELD, Rachel. *Encontro Restaurativo Vítima-Infrator: Questões Referentes ao Desequilíbrio de Poder para Participantes Jovens do Sexo Feminino*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 390.

¹¹² Esta garantia é prevista no parágrafo 11, da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU.

¹¹³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 236.

¹¹⁴ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. pp. 237-238.

são outros. Nesta, o crime significa ofensa às partes envolvidas no conflito, cabendo a elas traçarem uma solução. Dessa forma, a construção dessa solução diz respeito à esfera íntima dos participantes, fazendo parte de sua vida privada, a qual deve ser preservada. Em razão disso, se os procedimentos não ocorrerem com a participação pública (como ocorre nos painéis comunitários, por exemplo¹¹⁵), mas num ambiente privado, tais procedimentos e seus resultados não devem ser tornados públicos, sem que haja a prévia anuência das partes. O sigilo, portanto, deve ser observado, para se evitar a exposição da vida privada dos envolvidos e possibilitar que eles se sintam seguros e confortáveis¹¹⁶.

Aliás, a segurança dos participantes deve ser objeto de estreita atenção, necessitando serem observadas diversas garantias nesse sentido. Sendo um dos pressupostos da Justiça Restaurativa a participação efetiva e em igualdade de condições dos personagens do conflito, mostra-se necessário haver um “*equilíbrio de forças entre as partes*”¹¹⁷, para que não sejam colocadas em risco a essência da metodologia dos projetos e a segurança das partes. Para tanto, a busca por procedimentos que oportunizem o equilíbrio de forças deve ser foco de especial consideração principalmente nos casos em que há forte desigualdade material entre vítima e ofensor, como ocorre, por exemplo, nos conflitos que envolvam questões de gênero ou nos casos em que há grande diferença cultural entre eles¹¹⁸.

Há quem defenda, inclusive, que, nos conflitos de gênero – como de violência doméstica ou sexual –, o uso da Justiça Restaurativa é inapropriado¹¹⁹. De toda sorte, mesmo sendo controverso, se for decidido pela sua aplicação nesses casos, devem ser previstos mecanismos que garantam a segurança dos envolvidos e que evitem que a parte materialmente em desvantagem assumam uma postura de submissão e seja eventualmente coagida, o que anularia, por conseguinte, todos os princípios que norteiam a Justiça Restaurativa.

¹¹⁵ Os painéis comunitários é um dos vários modelos de procedimentos restaurativos existentes e serão brevemente explicados ao final do próximo tópico.

¹¹⁶ Esta garantia é prevista no parágrafo 14 da supramencionada Resolução da ONU.

¹¹⁷ NATIONAL ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY COUNCIL *apud* FIELD, Rachel. *Encontro Restaurativo Vítima-Infrator: Questões Referentes ao Desequilíbrio de Poder para Participantes Jovens do Sexo Feminino*. p. 393.

¹¹⁸ Os parágrafos 9º e 10 da Resolução ora tratada preocupam-se com a questão relativa à segurança das partes e a necessidade de levar em consideração as disparidades culturais e de poder.

¹¹⁹ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. p. 45.

Embora seja bastante controversa a aplicação da Justiça Restaurativa em casos que envolvam violência contra a mulher, por entender que, em face da grande desigualdade material das partes, os procedimentos podem comprometer a segurança da vítima, noticiamos que, segundo as Organização das Nações Unidas, existem alguns programas ao redor do mundo aplicados a este tipo de conflito. Na Áustria, por exemplo, há um programa de mediação vítima-ofensor para crimes de violência doméstica, no qual um casal de facilitadores especialmente treinados para tanto conduzem a mediação. Na Tailândia, *The Husband Rehabilitation Clinic* envolve procedimentos restaurativos para a reabilitação de agressores domésticos. (UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. p. 45)

Em todo caso, constatada a desigualdade entre as partes, seja em razão da sua tenra idade, seu sexo, seu nível de instrução, de fatores econômicos, disparidades culturais ou por qualquer outro motivo, deve-se atentar, como pondera Rachel Field, para que o ambiente restaurativo não reproduza a estrutura social de desequilíbrio e que não seja “*uma oportunidade para a continuação do abuso estrutural e de subordinação*”¹²⁰ da parte desfavorecida, mas, ao contrário, que os encontros sejam fomentadores de um espaço democrático ecoante das vozes enfraquecidas, de equilíbrio de poder e de empoderamento.

Relacionada à garantia exposta acima, os facilitadores devem conduzir-se de forma neutra, com respeito à dignidade das partes e, na medida do possível, ter conhecimento acerca da cultura local, como prevê os parágrafos 18 e 19 da Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU. Embora a Justiça Restaurativa proponha meios de composição dos conflitos que respeitam a autonomia das partes para que elas próprias descubram uma resposta àquele evento, sabemos que o facilitador, ainda assim, possui uma posição de autoridade e, perante as partes, transmite a idéia de exercer o controle sobre o processo. Essa sensação ocorre em razão de ser o facilitador – ou os facilitadores, conforme o caso – que decide quem falará, quando e por quanto tempo, ele que intervirá para que os envolvidos ouçam uns aos outros, que determinará o encerramento do encontro e, de certa forma, direcionará as negociações e a formulação do acordo final¹²¹.

Por essa razão, por mais que a neutralidade seja um mito, como defende Rachel Field, pois é impossível que os facilitadores não se deixem influenciar por seus próprios valores e princípios¹²², ainda assim eles devem se policiar para que sua atuação não reproduza as desigualdades de poder existentes entre os envolvidos, pois, se isto ocorrer, possivelmente, o conteúdo do acordo final também espelhará essa disparidade.

Por fim, para que as práticas restaurativas não acarretem em violação a garantias e direito individuais, os acordos também devem observar certos princípios. O primeiro deles se refere ao conteúdo dos acordos, os quais não devem conter obrigações desarrazoadas ou desproporcionais, devendo estar em harmonia aos direitos fundamentais, como determina a

¹²⁰ FIELD, Rachel. *Encontro Restaurativo Vítima-Infrator: Questões Referentes ao Desequilíbrio de Poder para Participantes Jovens do Sexo Feminino*. p. 394.

Rachel Field, ao tratar sobre a questão, trabalha especificamente com as garantias que devem ser observadas quando a Justiça Restaurativa é aplicada a adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei. No entanto, entendemos que suas considerações podem ser utilizadas para os casos em geral em que há desequilíbrio de poder entre as partes.

¹²¹ FIELD, Rachel. *Encontro Restaurativo Vítima-Infrator: Questões Referentes ao Desequilíbrio de Poder para Participantes Jovens do Sexo Feminino*. p. 395.

¹²² FIELD, Rachel. *Encontro Restaurativo Vítima-Infrator: Questões Referentes ao Desequilíbrio de Poder para Participantes Jovens do Sexo Feminino*. p. 396.

parte final do parágrafo 7º da já mencionada Resolução. Isto decorre de a Justiça Restaurativa não significar vingança privada; não se permite que as partes reajam ao delito a seu bel-prazer. Embora a solução do conflito seja entregue aos “seus donos”, tendo, nesse aspecto, uma natureza privada, devem ser observadas questões de ordem pública, que não podem ser renunciadas, como o respeito aos direitos fundamentais.

Para se garantir que os acordos não conterão obrigações que atentem contra a dignidade das partes, deve lhes ser garantida a assistência de advogado, bem como o conteúdo dos acordos deve ser supervisionado, conforme determina o parágrafo 15 da Resolução, por um Juiz, quando apropriado, ou por qualquer entidade que exerça esse papel de fiscal. No entanto, essa fiscalização deve se ater somente quanto à verificação de possíveis violações de direitos fundamentais, sem que haja a ingerências das autoridades sobre a vontade das partes.

Sobre o assunto, vale citarmos:

(...) qualquer outra ingerência da autoridade judiciária sobre os termos da solução livremente negociada entre as partes, é prejudicial à índole consensual e democrática da mediação, violando seus princípios básicos e, enfim, seu potencial estabilizador. Se o acordo obtido foi suficiente para estabilizar as relações e expectativas afetadas pela prática do crime e não violou os direitos individuais das partes, alterá-lo ou não aceitá-lo só aumentaria a instabilidade anteriormente superada, fazendo incidir o poder da autoridade num espaço que trabalha distante dos conceitos de autoridade e poder¹²³.

Nos casos em que o programa restaurativo é incorporado ao Judiciário, os acordos devem ter *status* de decisão judicial e deve haver mecanismos que impeçam que a justiça tradicional atue sobre o mesmo fato¹²⁴, para se evitar a dupla responsabilização do ofensor. Portanto, especialmente nos casos em que os projetos são atrelados ao Poder Judiciário, a obtenção do acordo deve ser considerada uma premissa para que o Estado não habilite o seu poder punitivo, evitando-se com isso o indesejado *bis in idem*¹²⁵.

Como se percebe, para que a Justiça Restaurativa efetivamente contribua para a construção de uma sociedade respeitadora dos direitos humanos, há uma gama de princípios que devem ser respeitados, os quais a doutrina tem prestado grande atenção e que tivemos a chance de discorrer sobre apenas alguns deles, sem que tivéssemos a pretensão de exauri-

¹²³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 237.

¹²⁴ Tal garantia é prevista no parágrafo 15 da Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU.

¹²⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 236.

No capítulo 3, nos tópicos 2 e 3.3.1, analisaremos a hipótese de mesmo programas restaurativos que não são incorporados ao Poder Judiciário poderem ser considerados pelo magistrado para a não habilitação do exercício do poder punitivo, ou seja, para que, no caso concreto, não seja aplicada pena, em razão de o acordo ter se mostrado uma resposta necessária e suficiente para a reprovação e prevenção, estipuladas pelo artigo 59 do Código Penal.

los. Portanto, a informalidade que rege as práticas restaurativas, como se verifica, não denota que este modelo de justiça desrespeita direitos e garantias das partes.

4. Os Procedimentos para Implementação da Justiça Restaurativa

Traçados os valores e premissas essenciais sob os quais é construída a Justiça Restaurativa, indaga-se quais os possíveis procedimentos que permitem que ela tenha aplicação prática.

Não existe um procedimento padrão para tanto. Há, contudo, algumas práticas que têm sido aplicadas nos projetos já consolidados, as quais possuem alguns pontos em comum, como, por exemplo, serem baseadas em reuniões não adversariais entre as partes envolvidas¹²⁶, em um ambiente informal¹²⁷, onde elas são estimuladas a expressar sua visão acerca do conflito e a discutir suas conseqüências¹²⁸.

Tais reuniões, geralmente, são intermediadas por um mediador ou facilitador¹²⁹, que pode ser alguém da própria comunidade que as partes confiem e que as ajudam a firmarem um acordo sobre a situação problemática. Pode-se, para tanto, utilizar técnicas de mediação, conciliação e transação¹³⁰.

Segundo Mara Schiff, os procedimentos restaurativos podem ser organizados em quatro categorias primárias, quais sejam: *mediação vítima-ofensor*; *conferência de grupo*

¹²⁶ Alguns desses procedimentos incluem, nas reuniões, apenas vítima e infrator, outros incluem também membros da comunidade, conforme será brevemente explicado ainda neste tópico.

¹²⁷ Segundo Gomes Pinto, o cenário judiciário, por exemplo, não é o local mais apropriado para a realização das reuniões restaurativas. Tais “ambientes informais” adequados para serem realizados os encontros podem ser, por exemplo, igrejas, sede de associações de bairros, escolas ou outros locais comunitários onde a partes sintam-se a vontade. (PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?* In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. p. 20.)

¹²⁸ SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. In: VON HIRSCH, Andrew et al (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 316.

¹²⁹ Nas palavras de Tatiana Tiago Sandy, “o mediador, em reuniões conjuntas e individuais, estimula as partes a manifestarem seus interesses, sentimentos e questões que acharem pertinentes para a resolução do conflito. O mediador, imparcial e objetivamente, recontextualiza os fatos para as partes, enfatizando os aspectos positivos das partes e estimulando-as a cooperação no intuito de chegarem a melhor solução possível para ambas as partes”. (SANDY, Tatiana Tiago. *A Justiça Restaurativa no Sistema Brasileiro de Justiça Criminal*. Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de bacharel em Direito, 2006. Sem publicação. p. 27.)

¹³⁰ PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?* p. 20.

familiar ou *conferência comunitária; círculos de sentença comunitários e painéis comunitários*¹³¹.

Para melhor compreensão do assunto, segue abaixo as principais características de cada um desses procedimentos¹³²:

- *Mediação Vítima-Ofensor:*

Os programas de mediação vítima-ofensor são as práticas mais comuns em Justiça Restaurativa¹³³ e se baseiam em um encontro face a face entre as partes, num ambiente informal e seguro, onde será estimulado o diálogo.

Primeiramente, é feita uma reunião com as partes separadamente com um mediador ou facilitador devidamente capacitado, a fim de lhes ser explicada a dinâmica do procedimento, além de ser a oportunidade em que se verificará se o encontro direto com o ofensor não poderá gerar revitimização e se estão presentes os elementos mínimos que demonstrem que o agressor está disposto a assumir uma postura de responsabilização¹³⁴.

Depois é promovido o encontro entre as partes intermediado pelo facilitador/mediador, no qual a vítima será estimulada a explicar sua visão pessoal do conflito e as suas conseqüências psicológicas, físicas e patrimoniais. O ofensor, por sua vez, terá a oportunidade de externar as suas razões para ter cometido a infração, bem como suas necessidades.

¹³¹ Em inglês, a autora usa os termos *victim offender mediation/dialogue; family group conferencing/ community conferencing; peacemaking, sentencing and community circles; community boards and panels*. (SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. p. 317.)

¹³² Não temos a pretensão de nos posicionarmos criticamente sobre os vários procedimentos possíveis para a implementação da justiça restaurativa, apontar as vantagens e desvantagens de cada um deles, defender quais os modelos mais apropriados para cada tipo de conflito, ou, ainda, fazermos a evolução histórica desses procedimentos, com estudo do direito comparado, por exemplo, eis que isto demandaria profunda análise da questão. Pretendemos apenas, em respeito às limitações impostas pelos objetivos da presente monografia, sucintamente, apontar as principais características de alguns desses procedimentos, para que o leitor tenha uma melhor compreensão de como é possível, na prática, ser aplicado o modelo restaurativo de justiça.

Para considerações críticas sobre os procedimentos possíveis em Justiça Restaurativa, ver SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*; KURKI, Leena. *Evaluating Restorative Justice Practices*; MORRIS, Allison & MAXWELL, Gabrielle. *Restorative Justice in New Zealand*; ROBERTS, Julian V. & ROACH, Kent. *Restorative Justice in Canadá: From Sentencing Circles to Sentencing Principles*; todos disponíveis em VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

¹³³ KURKI, Leena. *Evaluating Restorative Justice Practices*. In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 294.

¹³⁴ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. p. 18.

Após esse procedimento, vítima e ofensor firmam um acordo sobre como serão reparados os danos decorrentes do conflito, com obrigações que poderão ou não ser patrimoniais¹³⁵.

- *Conferência de Grupo Familiar e Conferência Comunitária:*

As Conferências de Grupo Familiar, assim como o programa de mediação vítima-ofensor, se baseiam em reuniões com os envolvidos no conflito, acompanhadas, porém, de amigos, familiares ou pessoas que, de alguma forma, sejam importantes para elas, como, por exemplo, professores (membros da micro- comunidade).

Por sua vez, as Conferências Comunitárias incluem também pessoas da comunidade que também se sentiram afetadas pelo delito, pois se pressupõe que eles também tenham interesse no deslinde da controvérsia (membros da macro-comunidade).

Em ambas as Conferências, todos os presentes expõem seu ponto de vista, analisam o impacto do evento sobre suas vidas e, assim, cada um tem a possibilidade de se expressar e de compreender o ponto de vista do outro. Ao final, é firmado um acordo que segue assinado por todos e, assim, os participantes, coletivamente, contribuem para a solução do problema¹³⁶.

Em razão da participação de pessoas que têm um estreito vínculo com as partes, esses projetos possuem maior potencialidade de fazer com que os participantes assumam uma postura ativa de acompanhar o comportamento futuro do ofensor e sua reabilitação, além de garantir que o acordo firmado seja cumprido¹³⁷.

- *Círculos de Sentença Comunitários*

Tal qual a Conferência Comunitária, os Círculos de Sentença envolvem a participação dos personagens que vivenciaram o conflito, seus amigos, familiares, membros da comunidade e, de acordo com o programa em questão, personagens do sistema judicial, como juiz, promotor, policiais, advogados¹³⁸, a fim de que esses, coletivamente, troquem

¹³⁵ SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. p. 318.

¹³⁶ SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. p. 320.

Interessante noticiarmos que a conferência de grupo familiar foi o procedimento utilizado pelo primeiro projeto de Justiça Restaurativa implantado no mundo, na Nova Zelândia, em 1989, com a edição do *Children, Young Persons and Their Families Act*. (SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. p. 319.) O pioneirismo na implementação de práticas restaurativas na Nova Zelândia, segundo Leonardo Sica, foi devido às reivindicações da população maori face à grande taxa de encarceramento de sua população em relação à população branca de origem européia. Assim, os maori clamaram pela idealização de projetos menos invasivos no trato dos adolescentes infratores, de modo a não afastá-los de sua comunidade. (SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 82.)

¹³⁷ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. p. 21.

¹³⁸ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. p. 22.

experiências e, ao final, firmem um acordo tendente a reparar, simbólica ou materialmente, os danos.

Primeiramente é feito um círculo para se debater o posicionamento da vítima; depois um novo círculo para o ofensor; um terceiro que tentará fazer com que as partes estabeleçam um consenso sobre o evento e firmem um acordo restaurador; e, por fim, uma seqüência de novos círculos para verificar se o acordo está sendo cumprido e, caso contrário, o que pode ser feito para tanto.¹³⁹

De acordo com Mara Schiff, o procedimento adotado nesses Círculos é complexo e, dentre todos os modelos, é o que demanda mais tempo e comprometimento entre os participantes¹⁴⁰.

- Painéis Comunitários

Esses projetos são geralmente utilizados para os casos em que a prática do crime gera sensação de diminuição da qualidade de vida em toda a vizinhança¹⁴¹.

Nele não há necessidade da participação da vítima que foi diretamente afetada. Membros da comunidade decidem como o ofensor deve reparar o dano que causou. Depois, é feita uma reunião com o ofensor, oportunidade em que lhe será transmitido como a comunidade analisou a conduta lesiva, suas implicações e a reparação que foi entendida como apropriada¹⁴².

De certa forma, o grau de sucesso dos procedimentos relaciona-se aos mecanismos adotados para supervisionar o cumprimento dos acordos firmados, bem como a utilização de estratégias que facilitem a sua observância.

Em todo caso, as práticas mencionadas não possuem limitações quanto a sua forma, sendo adaptáveis às peculiaridades do caso concreto e às necessidades da comunidade envolvida e da cultura local. Por essa razão, diz-se que “*as práticas experimentadas*

¹³⁹ SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. p. 322. Esclarece a autora que os Círculos de Sentença, quando utilizados, têm sido no combate a crimes de maior gravidade.

¹⁴⁰ SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. p. 322.

¹⁴¹ KURKI, Leena. *Evaluating Restorative Justice Practices*. In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 305.

¹⁴² SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. p. 323. Schiff afirma que, geralmente, tais projetos são aplicados aos crimes não violentos contra propriedade.

Segundo Leena Kurki, em Vermont, Estados Unidos, o cumprimento do estabelecido nos Painéis Comunitários pode ser a única condição para a concessão do benefício penal norte-americano conhecido como *probation*, que se assemelha ao nosso instituto da suspensão condicional da pena. (KURKI, Leena. *Evaluating Restorative Justice Practices*. In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. p. 305.)

*revelaram que cada caso é diferente do último e os modelos devem ser adaptados às pessoas e às suas necessidades, não o contrário. [Nossa livre tradução.]”*¹⁴³.

Segundo Ann Warner, cada vez mais têm sido desenvolvido projetos com características híbridas, em que se conjugam características de modelos diferentes. Por exemplo, em certos casos, pode ser adequado serem convidados amigos e familiares das partes para os encontros de mediação vítima-ofensor¹⁴⁴. Em outros, o encontro face a face entre as partes pode não ser o mais adequado¹⁴⁵. Assim, os projetos podem ser adaptados e serem encontradas maneiras alternativas de se estabelecer o diálogo, sem que, necessariamente, os envolvidos sejam colocados face a face, como com a utilização de recursos de áudio, vídeo, carta, e-mail, etc¹⁴⁶.

Percebemos que o que caracteriza os procedimentos restaurativos é a construção de uma justiça “humanizada”¹⁴⁷, com respeito à complexidade e singularidade dos indivíduos, na qual as partes, autonomamente, têm a possibilidade de interpretar a realidade conflituosa e de identificar formas de solução para seus problemas. Dessa forma, todos esses projetos têm o ponto em comum de primar pelo empoderamento das partes e de incentivar a construção de vínculos comunitários.

¹⁴³ No original: “*Experienced practioners discovered that each case is different from the last and they must adapt models to people and their needs, not vice versa.*” (ROBERTS, Ann Warner. *Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. p. 244.)

¹⁴⁴ ROBERTS, Ann Warner. *Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice?* p. 244.

¹⁴⁵ Exemplo desses casos, segundo Ann Warner Roberts, é quando o crime envolve extrema violência e causa grandes traumas à vítima, pois o encontro direto com o infrator pode conduzir à revitimização ou, nos casos em que a vítima se mostra muito agressiva, pode haver a vitimização do próprio ofensor. (ROBERTS, Ann Warner. *Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. p. 241.)

¹⁴⁶ ROBERTS, Ann Warner. *Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. p. 241.

¹⁴⁷ SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. p. 316.

Capítulo III

É Possível a Justiça Restaurativa ser Aplicada no Brasil?

Se acreditamos na construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais, se acreditamos que um outro mundo é possível, temos que nos libertar do destrutivo sentimento de vingança, trocando-o pelo perdão, pela compaixão, pela compreensão (...).

Maria Lúcia Karam

1. A Localização dos Programas Restaurativos no Sistema Brasileiro de Resolução de Conflitos

Devidamente delimitados os aspectos essenciais concernentes à Justiça Restaurativa, bem como seus princípios e fundamentos ideológicos básicos, resta-nos sinalizar as possibilidades de aplicação desse modelo de justiça no sistema brasileiro de resolução de conflitos.

Conforme salientam as Organização das Nações Unidas, os programas restaurativos podem estar situados dentro do sistema criminal estatal ou paralelo a ele¹⁴⁸. A opção por um desses modelos dependerá de questões políticas e culturais, como, por exemplo, a aceitação e o apoio das agências penais, a existência de organizações comunitárias com respaldo social, as diretrizes da política de segurança pública seguida pelo governo, entre outros.

Os programas restaurativos inseridos no sistema criminal estatal e os situados fora dele têm seus pontos fortes e suas limitações. Enquanto os projetos incorporados ao sistema penal podem, por exemplo, ter seus princípios desvirtuados, como a mitigação da autonomia das partes face às características centralizadoras do Estado, os programas sem vínculo com o sistema penal, por sua vez, podem ter um déficit de legitimidade perante a comunidade que inviabilize o seu sucesso.

Assim, muito embora não tenhamos a pretensão de nos posicionarmos sobre qual das alternativas mostra-se mais adequada para a realidade brasileira, frisamos que, ao menos em tese, as duas opções podem ser utilizadas.

¹⁴⁸ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. p. 44.

2. Implementação de Práticas Restaurativas por Agências Informais de Controle Social

Como expusemos no capítulo introdutório da presente monografia, crimes são que conflitos da vida em sociedade e que, em sua essência, em nada diferem de outros conflitos sociais não penais.

Considerando, ainda, que o sistema de Justiça Penal não é o único meio de controle que a sociedade dispõe, devendo sua atuação ser orientada pelo princípio da *ultima ratio*, compreendemos que a atuação das agências de controle informal, como família, escola, religião, deve lhe preceder¹⁴⁹.

Partindo dessas premissas, entendemos que diversos ambientes comunitários têm a potencialidade de desenvolverem projetos que trabalhem com a tentativa de resolução de conflitos criminalizáveis, sem que, para tanto, seja necessário recorrer às agências de controle social formal.

Para verificar se determinado ambiente tem condições para desenvolver projetos que se proponham a atuar em litígios penais, pautados pelos princípios restaurativos, devem ser levados em consideração, essencialmente, o respaldo que a os atores envolvidos no conflito conferem àquele ambiente, bem como se a comunidade o reconhece como um espaço legítimo. Presentes esses elementos, consideramos que a construção de projetos restaurativos nesses ambientes podem atingir resultados democráticos, emancipadores e que conduzam à pacificação social.

Ressalte-se que não estamos defendendo simplesmente a capacidade de esses ambientes comunitários atuarem na resolução dos conflitos que eles tenham acesso, pois sabemos que isso é o que naturalmente ocorre. O que sustentamos é que esses espaços, de acordo com o respaldo que tenham perante a comunidade, têm o potencial de desenvolverem projetos que materializem os princípios enunciados pela Justiça Restaurativa, ou seja, que, pautados na ética da alteridade, disponibilizem um canal de comunicação que abranja as partes e a comunidade, a fim de que, sem promover a estigmatização e a exclusão, os envolvidos, autonomamente, cheguem a um acordo que reconstrua as relações sociais abaladas e repare os danos sofridos. Através desse procedimento, conflitos penais poderão ser solucionados sem que seja necessário a atuação do sistema criminal estatal.

¹⁴⁹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito*. p. 10.

No Brasil, tem havido o fortalecimento de projetos de mediação popular, também chamados de *justiça comunitária*, que têm por escopo desenvolver, geralmente em comunidades pobres e vulneráveis a toda sorte de violência, programas de mediação, a fim de, por meio do fortalecimento dos canais de comunicação entre os grupos sociais, se alcançar uma solução dialogada para os casos em debate e, com isso, promover a redução da violência.

A essência dos projetos de justiça comunitária é informar a população sobre seus direitos, facilitar o acesso aos meios necessários para o exercício da cidadania e, em casos de desavenças, estimular que as próprias partes as administrem. Dessa forma, esses programas *“têm em comum o propósito de ressignificar o direito e a justiça, admitindo, numa visão pluralista, caminhos mais simples, acessíveis e, em muitas situações, mais eficazes do que aqueles tradicionalmente oferecidos pelo Poder Judiciário.”*¹⁵⁰

Sobre a importância de os conflitos serem resolvidos pela própria comunidade, assim discorre Gláucia Falsarelli, coordenadora do Programa Justiça Comunitária, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

O conflito, porém, deve ser visto como uma oportunidade, na medida em que pode conduzir a um processo de transformação. A expressão pacificadora do conflito dentro da comunidade cria a base para um amplo entendimento por meio do trabalho mutuamente desenvolvido pelos disputantes. O mesmo enfoque pode ser conferido ao conflito cuja origem repousa nas diversidades próprias de uma sociedade complexa. Na medida em que se transfere ao Estado toda a responsabilidade pela resolução dos conflitos, a comunidade não se fortalece nem se torna capaz de criar suas próprias soluções, o que constitui um fato de alienação. De acordo com Shonholtz, o monopólio estatal inabilita os indivíduos e os movimentos sociais a resolverem seus conflitos, tornando-os eternos dependentes das iniciativas e da proteção do Estado¹⁵¹.

Projetos de justiça comunitária estão espalhados por quase todos os estados do país. Alguns deles contam com o apoio da Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH – da Presidência da República, através do programa Balcão de Direitos¹⁵². Os Balcões de Direito

¹⁵⁰ NASCIMENTO, Andre Luiz *et al.* *Guia de Mediação Popular*. Salvador: Juspopuli, 2007. pp. 11-12.

¹⁵¹ PEREIRA, Gláucia Falsarelli. *Justiça Comunitária. Por uma Justiça de Emancipação*. pp. 115-116.

¹⁵² Os Estados de Alagoas, Amazônia, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Roraima, Rio Grande do Sul, São Paulo e o Distrito Federal contam com Balcões de Direitos apoiados pela Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Saliente-se que o programa Balcão de Direitos tem campo de atuação maior que o de proporcionar mediação extrajudicial aos conflitos. Visa, por meio de postos fixos ou itinerantes, promover o exercício da cidadania pelos segmentos de baixa renda, facilitando, para tanto, o acesso a serviços essenciais, como assistência jurídica e documentação civil básica.

Segundo o *site* do Ministério da Justiça, os Balcões de Direito prestam gratuitamente os seguintes serviços: *“- assistência judiciária com o objetivo de encontrar soluções pacíficas para os conflitos por meio de mediação e conciliação, buscando acordos satisfatórios entre as partes. Nos casos em que não é possível uma solução amigável, os profissionais encaminham e acompanham os processos no âmbito do Poder Judiciário. Esta*

são conduzidos por diversas entidades, que variam de acordo com cada estado, como Prefeituras Municipais, Ministério Público, Judiciário, Universidades e, em vários casos, estão sob a responsabilidade da sociedade civil organizada, como, por exemplo, no Rio de Janeiro, em que é conduzido pela OnG Viva Rio e na Bahia, pelo Grupo Gay da Bahia¹⁵³.

Na Bahia, tem merecido destaque o projeto desenvolvido pela organização não-governamental Juspopuli Escritório de Direitos Humanos, sob a coordenação de Vera Christina Leonelli, que conta com o apoio da Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, da Defensoria Pública do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), das Faculdades Jorge Amado, da Federação de Associações de Bairros de Salvador, do Fórum Comunitário de Combate à Violência (FCCV), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica do Salvador. Este projeto, iniciado em 2001, propicia a formação em direitos humanos, cidadania e mediação de líderes comunitários para que estes atuem em bairros carentes de Salvador¹⁵⁴.

Os Escritórios são instalados em associações de bairros populares de Salvador e, entre outras finalidades, pretendem que os conflitos sejam solucionados amigavelmente, por meio da mediação e da conciliação extrajudicial. Segundo a coordenadora do projeto, Vera Christina, a intervenção dos líderes comunitários impede que desavenças de ordem familiar, de vizinhança, de consumo, entre outros, evoluam e sejam transformadas em uma forma de violência¹⁵⁵.

atividade é realizada por advogados e estagiários de direito colocados à disposição do projeto; - emissão de documentação civil básica – Certidão de Nascimento e de Óbito, Carteira de Identidade, Carteira Profissional Certificado de Reservista, entre outros. Para execução deste serviço, é fundamental uma ampla articulação com diferentes organismos governamentais responsáveis pela emissão dos diferentes documentos; - fornecimento de fotografia, com vistas à aquisição da documentação. Em paralelo aos serviços prestados junto às comunidades a serem atingidas pelo projeto, é realizado um trabalho voltado para despertar a conscientização da população por meio de palestras e discussões sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Programa Nacional de Direitos Humanos, bem como de temas referentes ao exercício da cidadania. Além disso, são elaboradas e distribuídas cartilhas sobre direitos humanos e legislação essencial relativa aos direitos e garantias individuais e coletivas.” (Disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/dirhum/balcaodir.asp#conteudo>. Acesso em 29 de outubro de 2007.)

¹⁵³ Disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/dirhum/balcoes.asp#conteudo>. Acesso em 29 de outubro de 2007. Acesso em 29 de outubro de 2007.

¹⁵⁴ Disponível em <http://www.uniethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3345&Lang=pt-B&Alias=Ethos&itemNotID=7653>. Acesso em 29 de outubro de 2007.

¹⁵⁵ Segundo informações extraídas do site <http://www.uniethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3345&Lang=pt-B&Alias=Ethos&itemNotID=7653>, “o principal objetivo do Juspopuli é promover a democratização de informações sobre os direitos humanos e as possibilidades de aplicação da mediação como mecanismo de fortalecimento da democracia e de redução de violência, por meio da manutenção de um serviço de orientação sobre direitos e de um programa de formação continuada em cidadania. Pretende ainda elevar os níveis de conhecimento sobre os direitos humanos; resolver amigavelmente conflitos familiares, de vizinhança e outros, por meio da mediação e da conciliação; mobilizar moradores, estimulando a organização comunitária para o exercício da cidadania e da democracia.” Acesso em 29 de outubro de 2007.

Sublinhe-se que, muito embora alguns dos citados projetos tenham a parceria ou o apoio de entidades estatais, mesmo quando isso ocorre, o conflito não é solucionado pelo Estado, mas pela própria comunidade. Dessa forma, a parceria de órgãos governamentais não desvirtua a sua natureza comunitária. Consideramos que tal apoio demonstra o reconhecimento do Estado de que a resolução de litígios autonomamente pela comunidade é profícua e deve ser estimulada.

Esses são apenas alguns entre inúmeros projetos de justiça comunitária ou de mediação popular que vêm sendo desenvolvidos no país. De todo modo, não tivemos acesso aos dados sobre a natureza dos conflitos que os supracitados programas atuam – se somente em litígios cíveis ou também em criminais¹⁵⁶. Referimo-nos a eles apenas para ilustrarmos que programas desse gênero têm se fortalecido no país, demonstrando que a sociedade brasileira tem se mostrado aberta à aceitação de formas alternativas de composição de seus litígios e que a comunidade, quando devidamente articulada, tem a capacidade de autonomamente resolver seus litígios, sem ser necessário recorrer ao Estado. Consideramos, a partir disso, que tais projetos aparentam ser um ambiente adequado para atuarem, inclusive, em conflitos penais, adotando, para tanto, práticas restaurativas.

No entanto, há inúmeros outros espaços comunitários em que também vislumbramos a possibilidade de serem desenvolvidos projetos restaurativos adaptados à realidade e à cultural local, como, por exemplo, escolas, associações de bairros, igrejas e organizações não-governamentais.

Importante delinear as possíveis conseqüências jurídicas da atuação desses programas comunitários de Justiça Restaurativa, no caso de eventual interconexão com o sistema criminal estatal. Primeiramente, devem ser diferenciados os efeitos legais em relação aos crimes cuja ação penal seja de iniciativa privada e aos de iniciativa pública.

Quanto aos crimes que se procedem mediante ação privada, temos que, alcançado o resultado previsto no acordo restaurativo não poderá mais ser iniciada a ação penal, pois terá havido a *renúncia ao direito de queixa do ofendido*, tenha sido expressa no acordo ou não (hipótese de renúncia tácita). Portanto, em casos tais, deve ser considerada extinta a punibilidade do ofensor, com fulcro nos artigos 104 c/c o artigo 107 do Código Penal.

¹⁵⁶ Conforme explica o livro *Justiça Comunitária. Uma Experiência*, disponível no site http://www.tjdft.gov.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/com_livro_index.htm, o programa Justiça Comunitária desenvolvido nas cidades de Ceilândia e Taguatinga/ Distrito Federal, a partir de 2000, sob iniciativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, não atua na solução de conflitos penais, limitando-se a, nesses casos, apenas realizar orientação jurídica.

Entendemos, ainda, que o acordo restaurativo não pode ser interpretado como hipótese de mero recebimento pelo ofendido de indenização do dano – que impediria seu reconhecimento como renúncia tácita, nos termos da parte final do parágrafo único do artigo 104 – pois o acordo em questão possui aspectos que transcendem a simples indenização.

Se, no entanto, a ação penal privada já tiver em curso e, durante a sua tramitação, for alcançado o acordo restaurativo em um projeto comunitário, temos que também neste caso deve ser considerada extinta a punibilidade do ofensor, como esteio no artigo 105 e parágrafo primeiro do artigo 106 c/c o artigo 107, do Código Penal, em razão de o estabelecimento do acordo configurar *perdão do ofendido*, tenha sido ele devidamente expresso no acordo ou não (hipótese de perdão tácito)¹⁵⁷, bem como a sua aceitação pelo ofensor.

Contudo, se os programas comunitários incidirem em crimes cuja ação penal seja de iniciativa pública condicionada à representação, as conseqüências jurídicas serão outras. Se, alcançado o procedimento restaurativo, ainda estiver em curso o prazo decadencial previsto no artigo 103 do Código Penal e a representação não tiver sido oferecida, entendemos que ela não poderá mais o ser, em razão de ter havido a *renúncia ao direito de representação* com o alcance do acordo.

Muito embora não haja previsão expressa na lei da *renúncia ao direito de representação*, havendo apenas sobre a renúncia ao direito de queixa (artigo 104 do Código Penal), há doutrinadores que entendem que, neste caso, deve ser feita interpretação extensiva sobre o tema, pois as duas situações – a disponibilidade do ofendido quanto ao direito de queixa e ao de representação – são assemelhadas, devendo, portanto, também ser aceita esta renúncia. No caso, ela poderá até mesmo ser tácita, se o ofendido praticar ato incompatível com a vontade de ver instaurada a ação penal pública condicionada. Tal entendimento adquiriu maior força com o advento da Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais, pois, em seu artigo 74, parágrafo único, previu expressamente a hipótese de renúncia ao direito de representação, o que demonstra a solidez da tese aqui apresentada¹⁵⁸.

Caso a representação tenha sido apresentada pelo ofendido, mas, antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, as partes alcançarem um acordo, defendemos que terá havido a *retratação da representação*, nos termos do artigo 102 do

¹⁵⁷ Conforme Julio Fabrini Mirabete, a diferença entre a renúncia ao direito de queixa e o perdão do ofendido é que o ato que caracteriza o primeiro se dá antes do recebimento da queixa, enquanto o perdão se dá depois de a queixa ter sido recebida pelo juiz. (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. pp. 393-395.)

¹⁵⁸ Demercian e Maluly apontam que existem precedentes jurisprudenciais que acolhem esse entendimento. (DEMERCIAN, Pedro Henrique & MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 3º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 122.)

Código Penal, tenha sido ela tácita ou expressa¹⁵⁹. Assim, o programa restaurativo comunitário impossibilitará o oferecimento da denúncia, por faltar condição de procedibilidade para tanto.

Se, porém, antes de se alcançar um acordo, houver a representação e a denúncia for oferecida, temos que este acordo poderá ser considerado pelo juiz, em caso de eventual condenação, quando da dosimetria da pena, na fase de aplicação do artigo 59 do Código Penal.

O mesmo deve ocorrer quando da atuação dos projetos comunitários em conflitos cuja ação penal pertinente seja pública incondicionada. Nesse caso, se alcançado o resultado pacificador, e ainda assim o Ministério Público der início à ação penal cabível, o acordo firmado entre as partes poderá ser considerado para fins da dosimetria da pena, a depender da política criminal estabelecida, conforme raciocínio que será melhor desenvolvido no tópico pertinente (tópico 3.3.1 deste capítulo).

De todo modo, independente da sua idoneidade de evitar que eventuais ações judiciais sejam ajuizadas, os programas comunitários restaurativos, a depender de sua articulação, têm capacidade de apresentar soluções legítimas e emancipadoras, obtendo resultados que, de fato, promovam a pacificação social. Alcançado este fim último, haverá a natural tendência da limitação do campo de atuação das agências que exercem o controle social formal, pois, como sabemos, o poder público não consegue atuar em todos os conflitos penais existentes. Na verdade, lembramos que, conforme apontado no tópico 2 do primeiro capítulo, o sistema criminal de justiça sequer é construído com a pretensão de cumprir essa função, o que é espelhado pela idéia das cifras ocultas, consolidada nas teorias criminológicas.

Outrossim, como explica Cervini, projetos dessa natureza evitariam

as marcas distintivas da vítima [vitimização secundária] e do autor (estigmatização) próprias dos processos penais convencionais, e se possibilitaria que ambos pudessem regularizar ativamente seu conflito mediante um novo esquema, não como sujeitos de um processo penal formal, mas como participantes de uma instância informal de auto-ajustamento do conflito.¹⁶⁰

Portanto, entendemos que a implementação de práticas restaurativas por organizações que não integram as agências de controle social formal, como Igrejas,

¹⁵⁹ Nesse caso, também não é pacífico na doutrina a aceitação da retratação tácita da representação, haja vista a ausência de previsão legal expressa nesse sentido. No entanto, há doutrinadores que entendem esse posicionamento. (DEMERCIAN, Pedro Henrique & MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. p. 122.)

¹⁶⁰ CERVINI, Raúl *apud* GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. p. 468.

associações de bairros, organizações não-governamentais, escolas, representa uma forma de a própria comunidade resolver seus litígios, como de fato já faz, porém obtendo soluções com vistas à reconciliação, reparação do dano, fortalecimento das redes comunitárias e respeito aos direitos fundamentais.

3. Portas de Entrada no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Brasil não possui uma opção político-criminal solidamente pensada e definida¹⁶¹. Ao mesmo tempo em que adota medidas duras, demonstrando a sua influência por doutrinas autoritárias, como do *Movimento de Lei e Ordem*¹⁶², por outro lado, também constrói mecanismos e institutos processuais que espelham a busca por uma ordem penal consensual, com vistas a, entre outros, oportunizar que a vítima seja inserida no processo penal, reparar os danos causados, diminuir a aplicação de penas privativas de liberdade.

Basta verificarmos, por exemplo, que, a partir dos anos 90, vimos surgir uma série de medidas que se caracterizaram pela sua tendência, nas palavras de Flávio Gomes, “paleorrepressivas”¹⁶³, como a edição da lei de crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990), a de combate ao crime organizado (Lei n. 9.034/1995), o endurecimento das penas, novas tipificações penais, o agravamento da execução penal – em 2003, com a edição da Lei n. 10.792, foi instituído o controvertido regime disciplinar diferenciado –, entre outras.

Compreendemos que esse endurecimento penal se deu pela escolha de uma política criminal influenciada pela ideologia que prega que, diante do atual cenário de exacerbação dos índices de violência, apenas por meio do rigorismo penal, é possível ser propiciada a sensação de segurança à população. Para tanto, o Estado tem adotado medidas de cunho fortemente estigmatizante, que cada vez menos se preocupam com a legitimação da intervenção penal. Graciano Suxberger, constatando esse fato, afirma que “*o direito penal*

¹⁶¹ SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 195.

¹⁶² Segundo Vera Regina Pereira de Andrade, esses movimentos “*respondem ao problema da criminalidade violenta, seja individual ou organizada e da ‘segurança pública’ (‘alarme da criminalidade’), especialmente nos grandes centros urbanos, com a demanda pela radicalização repressiva. Que vai, se acrescente, desde um incremento do discurso da retribuição e prevenção geral negativa (aumento do quantum das penas, restrição de garantias processuais, maximização do aparelho policial etc.) até o apelo à prevenção especial negativa (neutralização e incapacitação dos criminosos mediante prisão de segurança máxima, prisão perpétua e pena de morte, onde inexistem).*” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de *apud* ZACKSESKI, Cristina. *Sistema Penal, Política Criminal e Outras Políticas*. In: **Boletim IBCCRIM**. Ano 14, n. 172, março/2007. p. 8.)

¹⁶³ GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. p. 453.

*brasileiro tem passado de ultima ratio a prima ratio, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivadoras de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais.*¹⁶⁴.

Contudo, de forma diametralmente oposta, o Brasil tem também desenvolvido medidas que aparentam tentar dar um retorno às reivindicações lançadas pela moderna criminologia, que tem denunciado a falência das penas de prisão, a necessidade de se construir um modelo menos vindicativo e mais comunicativo e resolutivo, a urgência de se prever mecanismos que facilitem a reparação dos danos sofridos pela vítima, entre outros.

Refletem essa política criminal atenta aos anseios criminológicos a edição das Leis n. 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Criminais e submeteu a um rito diferenciado os crimes considerados de menor potencial ofensivo, possibilitando, por exemplo, que procedimentos conciliatórios causem a extinção da punibilidade; n. 9.714/1998, que estendeu o rol das penas restritivas de direito e aumentou as possibilidades de sua aplicação em substituição às privativas de liberdade; bem como a edição da Lei n. 10.259/2001, que ampliou o leque de crimes considerados de menor potencial ofensivo.

Apesar de não ser o objetivo da presente monografia debater sobre a temática, temos que tais apontamentos, embora superficiais, são suficientes para demonstrar que o Brasil tem guiado a sua forma de intervenção penal por duas ideologias, aparentemente, antagônicas: uma que prega o rigorismo penal e outra que clama por um direito penal menos estigmatizador e mais resolutivo.

Como vimos no capítulo anterior, é exatamente dentro desta última corrente que se insere a Justiça Restaurativa. Portanto, entendemos que, para que o cenário político-criminal brasileiro possa albergar os valores necessários para o desenvolvimento de procedimentos restaurativos, urge ser feita uma opção mais clara – ou talvez mais coerente – sobre qual é a política que o Estado pretende seguir para resolver seus conflitos criminais, pois a forma de intervenção penal estatal está intrinsecamente relacionada a ela, como se verifica:

O modo pelo qual a intervenção penal se legitima é informado por valores extraídos de um programa de política criminal, que segue orientado, por sua vez, pelas finalidades a serem buscadas pelo direito penal. As finalidades da intervenção penal refletem justamente a opção estatal pela realização da formalização dessa instância de controle social. A materialização do controle social jurídico-penal reproduz – ou deve reproduzir – exatamente o modelo de Estado a que se aspira¹⁶⁵.

¹⁶⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito*. p. 09.

¹⁶⁵ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito*. p. 11-12.

Para que a Justiça Restaurativa seja juridicamente viável no nosso ordenamento, não são imprescindíveis reformulações legislativas que prevejam explicitamente sua aplicação. Como será desenvolvido nos próximos tópicos, basta que os institutos penais já existentes tenham sua interpretação reformulada. Mas, para tanto, é necessário que haja uma vontade política nessa direção. Daí a afirmação de que se mostra forçoso maior clareza na escolha da ideologia que pautará a nossa política criminal: se aquela que conduz ao enrijecimento penal ou a outra que prega a resolução do conflito.

Frisamos, ainda, que os programas restaurativos podem ser aplicados em qualquer fase do processo criminal, ou seja, ainda na fase de investigação, depois de promovida ação penal ou após a sentença condenatória¹⁶⁶. Logo, uma vez tendo a nossa política criminal assinalado a aceitação da aplicação de práticas restaurativas no nosso sistema penal, deve-se estudar como aproveitar a nossa sistemática criminal para conjugá-la com programas restaurativos e em quais fases é possível ou mais oportuno sua aplicação.

Salientamos, porém, que alguns estudiosos defendem que é problemática a sobreposição ou acumulação dos modelos retributivo e restaurativo no mesmo caso concreto, o que aconteceria, por exemplo, com programas aplicados após a sentença condenatória. No presente trabalho, não nos posicionaremos sobre a temática, nem defenderemos em qual momento – durante as investigações, no curso do processo, ou após a sentença condenatória – é mais adequada ou conveniente a utilização de projetos restaurativos, limitando-nos a noticiar a existência da discussão em torno deste assunto.

Nos próximos tópicos, abordaremos algumas possíveis “portas de entrada” na legislação brasileira para a aplicação da Justiça Restaurativa. No entanto, nenhum dos dispositivos legais que apresentaremos versa explicitamente sobre o assunto, sendo necessário reestruturar a forma de sua interpretação, a fim de enxergá-los por um viés restaurativo.

3.1. A Lei n. 9.099/1995

A Lei n. 9.099/1995 surgiu para materializar a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, prevista pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 98.

Enuncia a Lei 9.099/1995 os princípios que norteiam seus processos:

¹⁶⁶ PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa. O Paradigma do Encontro*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10238>. Acesso em 17 de setembro de 2007.

Artigo 2º – O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, **informalidade**, economia processual e celeridade, **buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação**. [Nossos os grifos.]

Artigo 62 – O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, **objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima** e a aplicação de pena não privativa de liberdade. [Nossos os grifos.]

Pela leitura dos dispositivos legais supra transcritos, concluímos que o modelo de intervenção penal adotado no nosso ordenamento no tocante aos crimes de competência dos Juizados Especiais, que são aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato não supere dois anos¹⁶⁷, é explicitamente conduzido pelo espírito da busca da conciliação entre as partes.

Essa lei prevê institutos e regras procedimentais específicos que versam sobre a conciliação. O primeiro desses institutos é a composição civil, prevista em seus artigos 72 a 74, que possibilita que as partes, sob a condução do Juiz ou de um conciliador, firmem um acordo sobre os danos causados pelo evento delituoso. Esta composição, após judicialmente homologada, se se tratar de crime cuja ação penal seja privada ou pública condicionada à representação, importará na extinção da punibilidade, em razão da renúncia ao direito de queixa ou de representação.

O segundo instituto criado pela lei n. 9.099/1995 é a transação penal que significa que o Ministério Público poderá propor ao autor do fato a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, caso a ação penal competente seja pública incondicionada ou se, na ação penal privada ou na pública condicionada à representação, for frustrada a tentativa de composição civil.

Para ser aplicado esse instituto, não há qualquer discussão quanto ao mérito da ação; pretende-se pôr fim ao processo sem que seja necessário discutir a questão da culpabilidade. A sua aceitação não implica no reconhecimento da culpa pelo autor do fato, não gera reincidência nem pode ser considerada para fins de maus antecedentes, como define o artigo 76, §§ 4º e 6º da Lei n. 9.099/1995.

¹⁶⁷ A Lei n. 9.099/1995, inicialmente, previu em seu artigo 61 que as infrações de menor potencial ofensivo seriam as contravenções e crimes cuja pena máxima cominada em abstrato não ultrapassasse um ano. A Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e Cíveis da Justiça Federal, estipulou, no parágrafo único de seu artigo 2º, que, para seus efeitos, considerar-se-iam infrações de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes cuja pena não ultrapassasse dois anos. Assim, doutrina e jurisprudência entenderam que, em respeito ao princípio da isonomia, a Lei n. 10.259 acarretou na ampliação do critério de definição de infração de menor potencial ofensivo para os Juizados Especiais Criminais também na Justiça Estadual. Em 2006, com a edição da Lei n. 11.313, houve a alteração no artigo 61 da Lei 9.099/1995 de forma a adequá-lo ao referido entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Nesta fase processual, a vítima não possui ativa participação, como ocorre quando é tentada a composição civil. O Ministério Público é quem detém a prerrogativa de fazer a proposta de transação e o juiz consulta apenas o autor do fato, para verificar sua aceitação¹⁶⁸.

Assim, uma importante inovação propiciada pela nova sistemática dos Juizados Especiais Criminais foi a introdução na nossa ordem jurídica do *princípio da discricionariedade regrada*, que significa que, excepcionalmente, pode o Ministério Público dispor da persecução criminal para propor medidas alternativas, rompendo com a rigidez do princípio da indisponibilidade da ação penal¹⁶⁹.

Não obstante as críticas que vários autores lançam contra a Lei n. 9.099/1995, principalmente em relação ao instituto da transação penal, as quais não teceremos maiores considerações em atenção aos objetivos do presente trabalho¹⁷⁰, esta lei merece elogios por, pelo menos, ter se preocupado em *redescobrir* a vítima¹⁷¹, e por ter propiciado que o processo fosse decidido por mecanismos, em tese, conciliatórios. Diz-se, a partir desses apontamentos, que, nos Juizados Especiais Criminais, a pretensão punitiva estatal cedeu lugar ao atendimento de outras expectativas geradas pelo conflito penal¹⁷².

Consideramos que esses institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais podem adquirir roupagem restaurativa, se programas forem adaptados para tanto.

Inicialmente, poderíamos visualizar projetos que introduzissem práticas restaurativas na audiência em que as partes buscam a composição dos danos civis. Frustrada essa tentativa, essa lei dá margem ainda a um segundo projeto, aplicado quando da transação penal.

Se essa fase processual se guiar pelos princípios restaurativos, temos que restará superada uma grave crítica que a doutrina lança a esse instituto. Muitos estudiosos entendem que a transação penal não se coaduna com o espírito conciliatório e reparador da lei, pois a

¹⁶⁸ SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. p. 175.

¹⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. p. 448.

Em breves linhas, pelo princípio da indisponibilidade, o Ministério Público não pode desistir, transigir ou acordar sobre o exercício da ação penal. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121/122.) Como se verifica, esse princípio restou amenizado pelo artigo 76 da Lei 9.099/1995, mesmo que de maneira regrada.

¹⁷⁰ As críticas que são feitas ao rito dos Juizados Especiais Criminais, em geral, giram em torno de que seus procedimentos visam, essencialmente, obter um resultado célere e instrumentalizar formas mitigadas de punição, sem, no entanto, ampliar os espaços democráticos de consenso e de efetiva participação do jurisdicionado na administração da justiça. Nesse sentido, há doutrinadores que entendem que a transação penal, por exemplo, é apenas um instrumento que possibilita que se aplique a pena, sem a necessária verificação prévia da culpabilidade e que não possui qualquer contrapartida de integração social e de participação da vítima. Para um aprofundamento sobre as críticas à Lei n. 9.099/1995, ver SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. pp. 169-182.

¹⁷¹ GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. p. 462.

¹⁷² GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. p. 462.

vítima não é ouvida ou consultada nessa fase¹⁷³ e, na prática, os juízes aplicam, quando da transação, penas irrisórias, como cestas básicas, que desprezam a condição da vítima e colocam o judiciário numa situação de descrédito. No entanto, se essa fase vier acompanhada de um projeto restaurativo, temos que parte dessas críticas será superada, pois a pena será aplicada com vistas a reparar os danos, em seu sentido mais amplo.

Cumpramos anotar que as práticas restaurativas supra vislumbradas podem também ser utilizadas para os crimes previstos no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) que não superem pena máxima privativa de liberdade de quatro anos, em razão do disposto no seu artigo 94 de que, para esses crimes, é aplicado o procedimento previsto na Lei n. 9.099/1995¹⁷⁴.

Assinala-se também que a Lei n. 9.099/1995 dá margem à interação entre projetos comunitários de Justiça Restaurativa – tema desenvolvido no tópico 2 do presente capítulo – e o sistema penal estatal. Sendo a busca pela auto-composição e a informalidade de seus procedimentos princípios que regem os Juizados Especiais (artigos 2º e 62), entendemos que, se a reparação dos danos e a pacificação social forem atingidas por um acordo produzido no âmbito desses programas comunitários, ele poderá ser considerado como renúncia ao direito de representação ou de queixa, ao se fazer uma interpretação sistemática sobre a questão¹⁷⁵.

Por fim, o último instituto introduzido pela Lei n. 9.099/1995 que visualizamos potencialidade para ser aproveitado no desenvolvimento de projetos restaurativos incorporados no nosso sistema de justiça criminal se refere à suspensão condicional do processo, regulada pelo artigo 89 da lei em questão.

Nota-se que a suspensão condicional do processo tem o diferencial de não ser aplicado somente aos crimes da competência dos Juizados Especiais Criminais, incidindo também nos crimes cuja ação penal siga outros ritos. Dessa forma, por meio desse instituto, há a possibilidade de uma grande variedade de crimes serem contemplados com práticas restaurativas.

Temos que as condições previstas pelo artigo 89 dão margem à criação de projetos restaurativos com chances de sucesso, acaso bem articulados. A reparação do dano – imposto pelo inciso I, § 1º, do artigo 89 – faz parte dos objetivos propostos pelo modelo restaurativo, se for direcionado “*ao encontro das necessidades e responsabilidades individuais e coletivas*

¹⁷³ SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. p. 175.

¹⁷⁴ Artigo 94 da Lei n. 10.741/2003 - Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

¹⁷⁵ Nos posicionamos sobre essa temática ao final do tópico 2 do presente capítulo, quando tratamos de projetos comunitários de Justiça Restaurativa.

das partes, objetivando a restauração da vítima e a reintegração do ofensor na sociedade de forma eficaz”¹⁷⁶. Ressalta-se, ainda, que a lei contempla a possibilidade de “outras condições” serem estabelecidas para a suspensão do processo, o que amplia a liberdade de elaboração de eventuais acordos.

Assim, resta demonstrado que a Lei n. 9.099/1995 é um fértil campo para o desenvolvimento de projetos restaurativos, não sendo necessário nenhuma alteração legislativa. É preciso apenas de vontade político-criminal nesse sentido.

3.2. O Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, lei n. 8.069/1990 - representa um marco divisório no trato da questão da criança e do adolescente no Brasil. Este Estatuto, regulamentando os artigos 227 e 228 da Constituição Federal, consagra o princípio de que a eles deve ser dada prioridade absoluta, em todas as esferas de interesses, devendo esta responsabilidade ser assumida pela família, pela sociedade e pelo Estado. Orienta o nosso ordenamento a *doutrina da proteção integral*, que significa que todos os seus direitos, como vida, saúde, educação, convivência familiar e comunitária, lazer, profissionalização, liberdade, entre outros, devem ser objeto de primordial zelo e atenção¹⁷⁷.

O propósito do nosso ordenamento é de assegurar às nossas crianças e adolescentes todas as oportunidades necessárias para o seu pleno desenvolvimento – este entendido da maneira mais ampla possível, compreendendo o aspecto físico, mental, moral, espiritual, social – em condições de liberdade e dignidade, como se depreende dos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante desses princípios, entendemos que a atuação do Estado frente aos jovens em conflito com a lei deve, fundamentalmente, se dar com o fim último de, por meio da intervenção estatal, contribuir para o seu saudável desenvolvimento.

O ECA traz alguns dispositivos que revelam que a atuação do poder público não se dá tão-somente no sentido de se averiguar a prática do ato infracional e, constatada a responsabilidade do adolescente, aplicar-lhe uma sanção. Exemplo disto é o instituto da remissão previsto no Estatuto, que pode ser concedida pelo Ministério Público ou pelo Juiz,

¹⁷⁶ SANDY, Tatiana Tiago. *A Justiça Restaurativa no Sistema Brasileiro de Justiça Criminal*. p. 36.

¹⁷⁷ SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. pp. 15-20.

acarreta a extinção ou suspensão do processo e, para ser aplicada, não é necessário que se comprove previamente a culpa do adolescente pelo ato, nem prevalece para efeito de antecedentes.

A remissão, nos termos do artigo 188 c/c o artigo 126, pode ser aplicada em qualquer fase – antes de iniciado o procedimento judicial, hipótese em que é concedida pelo Ministério Público, e, durante o processo, até que proferida a sentença, quando é aplicada pelo magistrado –; o que demonstra a sua grande relevância no sistema implantado pelo ECA. Além disso, possui grande maleabilidade, pois, como se verifica pelo supracitado artigo 127, pode, cumulativamente à remissão, serem aplicadas as medidas sócio-educativas previstas nos incisos I, II, III, IV e VII do artigo 112.

Diante dessa sistemática, consideramos que se mostra coerente a assunção de uma postura de responsabilização dos nossos jovens em conflito com a lei à luz dos princípios restaurativos. A promoção do adequado desenvolvimento do adolescente infrator – fim maior da interferência do Estado junto a eles – dentro do paradigma restaurativo, assume o caráter de incentivo à responsabilização ativa, para que os jovens tenham a oportunidade de considerar as conseqüências de seus atos e de, autonomamente, assumir obrigações, com o auxílio, sempre que possível, da família, da comunidade e do poder público.

Temos que reflete o reconhecimento de que esse novo modelo apresenta grandes benefícios para o desenvolvimento de nossos jovens o fato de, dos três projetos piloto de Justiça Restaurativa implantados no país com o financiamento da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), dois deles serem aplicados nas Varas da Infância e da Juventude, como veremos no tópico 4 deste capítulo¹⁷⁸.

Consideramos que a remissão pode servir de porta de entrada para a interação entre práticas restaurativas e a Justiça, pois confere a margem de liberdade necessária para a adaptação dos programas. Logo, podemos visualizar procedimentos restaurativos incorporados em qualquer fase do processo e que, conforme o seu deslinde, podem culminar com a concessão da remissão, cumulada ou não a medidas sócio-educativas, conforme for estabelecido no acordo formulado pelas partes.

Eduardo Rezende de Melo assim discorre sobre a virtude de um programa que incorpore esta tese:

¹⁷⁸ MELO, Eduardo Rezende. *A Experiência em Justiça Restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e na juventude*. In: **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, setembro de 2006, ano XXVI, nº 87. p 125.

(...) a possibilidade de remissão em decorrência do acordo exsurge não como graça, mas como reconhecimento de que o próprio adolescente foi capaz de reconhecer o direito do outro, no qual se honra a si próprio, revelando a emergência de uma responsabilidade e de uma liberdade até então não entrevista¹⁷⁹.

Outras hipóteses podem ser consideradas, aproveitando-se da flexibilidade conferida pelo Estatuto. Nesse sentido, vislumbramos que, mesmo que não seja concedida a remissão e o processo siga seu curso e seja determinada a aplicação de medida sócio-educativa, na fase de execução, as medidas podem ser estipuladas por meio de procedimentos restaurativos. Assim, os envolvidos no conflito teriam a possibilidade de se valerem do rol elencado nos artigos 112 e 101 – que, com criatividade, podem dar margem a interessantes acordos – para elaborarem o acordo restaurativo.

Portanto, temos que a incorporação de projetos de Justiça Restaurativa para tratar de jovens em conflito com a lei contribui para a materialização do preceito constitucional de que Estado, família e sociedade devem dar absoluta prioridade aos direitos de nossos adolescentes, promovendo o seu desenvolvimento com liberdade e dignidade. Como vimos, o nosso sistema jurídico oferece um rico campo para a implementação de projetos dessa natureza, seja em razão dos princípios que lhe servem de sustento, seja pela flexibilidade conferida pelo ECA ao desenvolvimento do processo judicial.

3.3. O Código Penal Brasileiro

3.3.1. Visualizando a reconstrução dogmática do artigo 59 do Código Penal

Uma das possíveis formas de se admitir a aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil é por meio da reconstrução dogmática do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, utilizando-se, para tanto, a proposta delineada por Zaffaroni com a sua *teoria redutora* do poder punitivo¹⁸⁰.

¹⁷⁹ MELO, Eduardo Rezende. *Justiça e Educação: Parceria pra a Cidadania (Um Projeto de Justiça Restaurativa – São Caetano do Sul/SP)*. In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre/RS: Fonte do Direito, ano VI, nº 22, 2006. p. 100. .

¹⁸⁰ Ressaltamos que elucidações detalhadas sobre a teoria da teleologia redutora desenvolvida por Zaffaroni e a reconstrução dogmática do artigo 59 proposta por Leonardo Sica demandam profundo estudo sobre esses complexos temas, o qual não cabe na proposta da presente monografia. Pretende-se apenas demonstrar ao leitor que tais teses evidenciam a viabilidade jurídica de o modelo restaurativo de justiça ser aplicado no Brasil. Para melhor compreensão da questão sugerimos: SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. pp. 177-185 e ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Derecho Penal. Parte General*. pp. 386-393.

Para tanto, é necessário serem apresentados alguns conceitos desenvolvidos pelo autor sobre o sistema penal. O primeiro conceito se refere à *função política do direito penal*, que significa que o direito penal é concebido, analogamente, como um dique colocado pelo Estado de Direito para conter a pressão do Estado de Polícia¹⁸¹. Uma vez que o poder nunca segue a tendência de se auto-limitar, mas, pelo contrário, busca expandir-se, se a limitação do poder punitivo ficar a cargo do próprio sistema punitivo, ela tenderá a desaparecer¹⁸². Assim, nas palavras de Sica, a “*tarefa [da função política do direito penal] é a contenção e filtro da irracionalidade e da violência, devendo atuar como ‘dique de contenção das águas mais turbulentas e caóticas do estado de polícia’*”¹⁸³.

Sendo assim, o Direito deve se orientar no sentido da realização desse ideal *reductor* do poder punitivo e seus conceitos devem ser construídos atentos a uma perspectiva funcionalista, qual seja, o alcance de objetivos político-criminais harmônicos com a realidade social¹⁸⁴.

Essa construção funcionalista do direito penal, não deve ignorar dados importantes da realidade, como por exemplo, a seletividade criminalizante do sistema, que é arbitrária e tende a atuar sobre pessoas vulneráveis. Daí concluir Zaffaroni que o poder punitivo se prende mais à idéia da vulnerabilidade do autor do delito do que à de culpabilidade¹⁸⁵ – o que é demonstrado pelo conceito das cifras ocultas.

No mesmo sentido, a sistemática redutora deve se atentar para os efeitos do hipotético exercício do poder punitivo, conforme as particularidades do caso concreto¹⁸⁶ – como a dimensão excludente e estigmatizadora do sistema punitivo, bem como as condições degradantes do sistema carcerário. Mais ainda, deve ser considerado que a pena não tem o condão de realizar nenhuma das finalidades traçadas pelas teorias positivas, como proclama Zaffaroni com a sua teoria agnóstica ou negativa¹⁸⁷.

Os dados supra apontados reforçam, assim, a idéia de que compete ao direito penal construir uma sistemática que *reduza as possibilidades de exercício do poder punitivo*.

A partir desses conceitos, surge, então, a necessidade de diferenciação entre a *teoria do delito* e a *teoria da responsabilidade*, proposta pelo mesmo autor. Pela primeira, tem-se

¹⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Derecho Penal. Parte General*. p. 388.

¹⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Derecho Penal. Parte General*. p. 390.

¹⁸³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 177.

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Derecho Penal. Parte General*. p. 388.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Derecho Penal. Parte General*. p. 391.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Derecho Penal. Parte General*. p. 389.

¹⁸⁷ Tal teoria foi brevemente abordada no capítulo 1, tópico 3, da presente monografia. Para uma análise mais profunda que o estudo dessa teoria demanda, ver ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Derecho Penal. Parte General*. pp. 44-46.

que há o pressuposto da possibilidade da resposta punitiva, quando ocorre no mundo dos fatos a prática de uma ação típica, anti-jurídica e culpável. Por sua vez, a segunda teoria remete à idéia de que, ocorridos os pressupostos do delito, as agências penais têm a possibilidade de responder a ele (responsabilidade), podendo habilitar o seu exercício punitivo; o que importa, do outro lado, na possibilidade de não habilitá-lo¹⁸⁸. Nessa dinâmica, incumbe ao direito penal *ampliar as hipóteses de não-habilitação*, como, por exemplo, por meio da análise dos pressupostos legais de exclusão da punibilidade¹⁸⁹.

Para melhor esclarecermos esta teoria, transcrevemos as lições do autor:

Estes sistemas são confusos e, atendendo à funcionalidade redutora de toda a construção teórica, é muito mais claro separar o *pressuposto* da responsabilidade da resposta punitiva (delito) da mesma *possibilidade de resposta punitiva (responsabilidade)*. A agência judicial deve *responder* pela habilitação do poder punitivo para tornar-se responsável pela formalização da criminalização do agente. Neste sentido, com a *responsabilidade penal* se constrói um conceito diferente ao usualmente manejado: o deslocamento do sujeito da exigência ética, do sujeito criminalizado para a agência criminalizante, importa em um paralelo deslocamento da responsabilidade. Não é a pessoa criminalizada que deve responder, mas a agência criminalizante que deve fazê-lo evitando que se exerça sobre aquela um poder punitivo intoleravelmente irracional. Por essa razão, é mais certo construir uma *teoria da responsabilidade* (entendida no sentido indicado da responsabilidade como possibilidade de resposta punitiva da agência jurídica), que uma vez ocorrido o pressuposto (delito), abranja a complexidade de condições habilitantes do exercício do poder punitivo. [Nossa livre tradução.]¹⁹⁰.

Diante desse quadro, a teleologia redutora propõe que o direito penal desenvolva “*uma estrutura conceitual funcional à contenção e redução do poder punitivo*”¹⁹¹. Sugere Zaffaroni, como exemplo da aplicação de sua teoria, que, considerando as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, sejam ponderados os requisitos previstos no artigo 41 do

¹⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* *Derecho Penal. Parte General*. pp. 390-391.

¹⁸⁹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 186.

¹⁹⁰ No original: “*Estos sistemas son confusos y, atendiendo a la funcionalidad reductora de toda la construcción teórica, es mucho más claro separar el presupuesto de la posibilidad de respuesta punitiva (delito) de la misma posibilidad de respuesta punitiva (responsabilidad). La agencia judicial debe responder por la habilitación de poder punitivo, hacerse responsable por la formalización de la criminalización del agente. En este sentido, con la responsabilidad penal se construye un concepto diferente al usualmente manejado: el desplazamiento del sujeto de la exigencia ética, desde el sujeto de la responsabilidad. No es la persona criminalizada la que debe responder, sino que la agencia criminalizante debe hacerlo evitando que se ejerza sobre aquella un poder punitivo intolerablemente irracional. Por ello, resulta más acertado construir una teoría de la responsabilidad (entendida en el indicado sentido de la responsabilidad como posibilidad de respuesta punitiva de la agencia jurídica) que, una vez dado el presupuesto (delito), abarque el complejo de condiciones habilitantes del ejercicio del poder del poder punitivo.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* *Derecho Penal. Parte General*. p. 391.)*

¹⁹¹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 178.

Código Penal Argentino – que trata da individualização da pena –, para permitir a fixação da pena abaixo do mínimo legal, diminuindo, por meio disso, a habilitação do poder punitivo¹⁹².

Leonardo Sica aproveita-se dessa teoria desenvolvida por Zaffaroni e propõe que a teleologia redutora seja aplicada no sistema penal brasileiro para permitir a reconstrução dogmática do artigo 59 do nosso código penal e, através dele, ser feita uma interpretação que possibilite que a mediação penal – e aqui nós ampliamos essa proposta para qualquer outro procedimento restaurativo que se mostre adequado – seja aplicada no nosso sistema jurídico criminal¹⁹³.

Estipula o referido artigo:

Artigo 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [Nossos os grifos.]
(...)

Por meio da reconstrução dogmática desse artigo a partir da teoria apresentada, há a possibilidade de o Juiz remeter determinado caso concreto a um sistema de resolução de conflitos baseado em uma proposta restaurativa ou de considerar o resultado já obtido em um programa restaurativo comunitário (tópico 2 deste capítulo), acaso existente, para, ponderadas as particularidades do caso, se entender que tal deslinde foi, por si só, *necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*, o Juiz deixar de aplicar qualquer sanção baseada nos padrões do sistema punitivo tradicional ou, conforme o caso, aplicá-la aquém do patamar mínimo previsto no tipo penal¹⁹⁴. Logo, a utilização ou não do modelo restaurativo, em tais moldes, fica condicionada à análise do caso concreto vinculada à discricionariedade do juiz.

Tal dinâmica atende, ainda, ao princípio da *ultima ratio*, que fundamenta o Direito Penal e projeta-o para a decisão judicial acerca do delito no caso concreto. Se, na prática, determinado conflito já tiver obtido resposta suficiente e adequada para a pacificação social, há que se sustentar que pode não ser racional a imposição de uma segunda resposta lastreada, dessa vez, no modelo de justiça tradicional¹⁹⁵.

¹⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Derecho Penal. Parte General.* p. 391.

¹⁹³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* p. 178.

¹⁹⁴ Por intermédio dessa interpretação, alcança-se a interação entre os programas comunitários de justiça restaurativa e o sistema de justiça tradicional, conforme iniciamos essa explanação ao final do tópico 2 deste capítulo, quando analisamos as conseqüências jurídicas da incidência desses programas, levando em consideração, para tanto, a natureza da ação penal competente para cada tipo de crime.

¹⁹⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* pp. 188-189.

Dessa maneira, a remodelação interpretativa do artigo 59 do Código Penal e a aplicação da Justiça Restaurativa podem ser “*mais uma comporta de contenção do dique do Estado de direito*”¹⁹⁶, de forma a não habilitar o exercício do poder punitivo pelas agências judiciais.

Outrossim, a aceitação dessa proposta proporciona a superação do paradigma “dos delitos e das penas”, pois admite que haja delitos sem que, necessariamente, a ele o sistema reaja com a imposição de uma pena¹⁹⁷.

Alcança-se, portanto, a releitura do princípio da legalidade, insculpido no inciso XXXIX do artigo 5º, da Constituição Federal¹⁹⁸, para que ele signifique uma proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado, sem, contudo, implicar que a cada delito o Estado seja *obrigado* a impor uma pena, mesmo quando esta se mostra desnecessária. Preserva-se o núcleo da reserva legal, limitador do poder estatal, que é a proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado, mas remodela-se a sua natureza imperativa, para que não conduza ao alargamento do poder punitivo¹⁹⁹.

A aceitação da proposta aqui esboçada tem o diferencial de possibilitar que, ao menos abstratamente, todos os tipos penais possam ser conduzidos dentro do modelo restaurativo²⁰⁰, com a íntima interação entre o seu resultado e a resposta dada pelo sistema criminal estatal. Permite ainda que os resultados obtidos nos projetos comunitários em Justiça Restaurativa (tópico 2 deste capítulo) sejam sopesados pelo sistema criminal estatal,

¹⁹⁶ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 179.

¹⁹⁷ Frise-se que “pena” está sendo aqui usada na acepção dada por Zaffaroni, que fizemos alusão no tópico 3 do primeiro capítulo, qual seja, como *simples manifestação de um poder, que impõe dor e é incapaz de resolver o conflito*. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. p. 204.) Portanto, entendemos que as respostas previstas nos acordos obtidos com os procedimentos restaurativos, embora possam impor uma obrigação ao ofensor, não assumem a natureza de “pena”, nos moldes delineados por Zaffaroni.

¹⁹⁸ Artigo 5º, da Constituição Federal - (...)

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹⁹⁹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. pp. 180-181.

Defende Sica: “*É justamente do “reconhecido fracasso do princípio da legalidade” (PAZ; PAZ, 2005, p. 134), na sua função de racionalizar e conter o poder punitivo e o avanço do Estado de polícia sobre o Estado de direito, que surgem as bases de construção da justiça restaurativa, dentre as quais se inclui aquela noção essencial sobre o crime: visto mais como um conflito relacional e menos como uma infração legal. Essa mudança de objeto, relativiza o princípio da legalidade, apenas e somente no que se refere à sua concepção como mandato imperativo para imposição de pena. Na sua vertente limitadora, evidentemente, o princípio permanece intocado.*” (SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 179.)

²⁰⁰ Sublinhe-se que há na doutrina restaurativista grande debate acerca de quais tipos penais podem ser enfrentados por meio de procedimentos restaurativos. Assim, não é pacífica a alegação de que “todos” os crimes podem – ou seja conveniente – ser conduzidos por projetos que adotem esse modelo de justiça. No entanto, não enfrentaremos esta questão no presente trabalho, razão pela qual afirmamos que, ao menos abstratamente, a releitura do artigo 59 permite que “todos” os crimes sejam beneficiados por procedimentos restaurativos. No entanto, na prática, deverá ser feito aprofundado estudo para se analisar os tipos penais que poderia ou não ser beneficiados com esses programas.

viabilizando, dessa forma, um interessante intercâmbio entre o controle social formal e informal.

3.3.2. Outros dispositivos constantes do Código Penal Brasileiro

Consideramos que o artigo 59 não é a única porta de entrada constante no Código Penal para a viabilização da Justiça Restaurativa no Brasil. Outros dispositivos deste Código podem ser utilizados para a elaboração de procedimentos restaurativos que se inter-relacionem com o sistema criminal, mesmo que, nesses casos, esta oportunidade seja menos abrangente do que a que foi delineada no tópico anterior. Cumpre ao intérprete lançar um novo olhar sobre os institutos penais previstos nesse Código, a fim de que deles possam ser extraídos subsídios para a construção de uma nova realidade no nosso sistema criminal.

O primeiro dispositivo que visualizamos a possibilidade de ser sustento para um projeto restaurativo refere-se ao artigo 43, que versa sobre penas restritivas de direito. Referidas penas, que tiveram seu rol ampliado pela Lei n. 9.714/1998, substituem as privativas de liberdade e, para serem aplicadas, devem obedecer os requisitos impostos pelo artigo 44 do Código Penal.

Assim, concebemos a hipótese de, depois de ter havido a sentença condenatória, haver a adaptação de programas especificamente para que, no caso concreto, a aplicação da pena restritiva de direitos seja feita de acordo com os nortes oferecidos pela Justiça Restaurativa.

No caso, tais programas devem se dar integrados à fase de execução penal, pois, de acordo com o artigo 66, V, “a”, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), compete ao Juiz da execução determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos, e poderiam atuar também quando da conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direito²⁰¹.

Assinala-se que o fato de o acordo restaurativo desenvolvido nessa fase processual dever ser atrelado a uma das penas restritivas de direito arroladas no artigo 43 não significa uma limitação que inviabilizaria o seu sucesso, pois com criatividade podem ser bem

²⁰¹ De acordo com o artigo 66, V, “c”, da Lei 7.210/1984 o Juiz da execução é competente para determinar a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direito, respeitados os requisitos previstos pelo artigo 180 dessa mesma lei, que diz: “A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que: I - o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; II - tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena; III - os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.”

aproveitadas referidas penas, de modo a adequá-las aos preceitos restaurativos. Por exemplo, pode, de forma consensual, ser determinada a prestação de serviços à comunidade que foi afetada pelo evento danoso ou a prestação pecuniária em favor do ofendido, que a lei permite até mesmo que envolva prestações de outra natureza (artigo 45, § 2º, do Código Penal).

De forma bem similar e aproveitando o raciocínio acima desenvolvido, a suspensão condicional da pena é outro instituto que, com criatividade e boa vontade, pode servir de esteio para o desenvolvimento de projetos restaurativos.

O artigo 77 prevê os requisitos para sua concessão e o seu diferencial em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é que exige que a pena a ser suspensa não ultrapasse dois anos, mas não proíbe sua aplicação aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça²⁰². Os artigos 78 e 79 estipulam a dinâmica para o seu deferimento e, como se percebe, oferece a liberdade necessária para o desenvolvimento de programas restaurativos que interajam com esse instituto penal.

Cumpramos assinalarmos que as *portas de entrada* esboçadas no presente tópico podem ser alvos de fundadas críticas, pois as sugestões ora formuladas conduziram à sobreposição, no mesmo caso concreto, do modelo restaurativo e retributivo o que, segundo alguns doutrinadores, podem conduzir a sérios problemas, como *bis in idem* para ofensor e incongruência sistemática²⁰³. No entanto, não nos posicionaremos sobre tais críticas, pois não faz parte dos objetivos da presente monografia defender qual é a maneira mais adequada de implementar a Justiça Restaurativa no Brasil. Nossos esforços restringem-se a apontar que há pontes no nosso ordenamento que possibilitam a introdução deste modelo de Justiça na nossa sistemática criminal.

4. Projetos Piloto de Justiça Restaurativa Implementados no Brasil

No Brasil, existem três projetos piloto de Justiça Restaurativa financiados pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações

²⁰² Artigo 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

²⁰³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 30.

Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), os quais são desenvolvidos em Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP e Brasília/DF. Todos eles vinculam-se institucionalmente ao Poder Judiciário e contam com a parceria da sociedade civil.

Nos tópicos subseqüentes, com o intuito de, ao final deste capítulo, apresentar informações empíricas que permitam que seja visualizado como, na prática, a Justiça Restaurativa pode ser incorporada ao sistema jurídico brasileiro, sem que seja necessário qualquer alteração legislativa, noticiaremos, em linhas gerais, a dinâmica desses três programas.

A importância dessa exposição, como se vê, está em demonstrarmos como as hipóteses delineadas no presente estudo são factíveis, não se tratando de utopias academicistas. Para tanto, tentaremos assinalar como os procedimentos restaurativos foram adaptados por esses projetos ao contexto brasileiro, a fase processual em que foram inseridos, bem como as “portas de entrada” do ordenamento jurídico de que eles se valeram.

As informações sobre as quais nos baseamos para a redação dos próximos tópicos, em sua maioria, foram extraídas da *Sistematização e Avaliação de Experiências em Justiça Restaurativa*, cuja pesquisa feita pelo ILANUD/BRASIL – Instituto Latino Americano as Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente/ Brasil – foi concluída em janeiro de 2006, sendo que a pesquisa de campo foi realizada durante o ano de 2005²⁰⁴. Assim, embora a divulgação dessa Avaliação tenha ocorrido somente em 2007, como a pesquisa foi desenvolvida em 2005, possivelmente, alguns dados referentes à dinâmica dos projetos estejam desatualizados, o que não afasta, no entanto, a relevância dessa pesquisa.

Salientamos, ainda, que não nos posicionaremos criticamente quanto a esses projetos, pois nossa intenção é apenas demonstrarmos a compatibilidade deste modelo de justiça com a ordem jurídica brasileira, muito embora algumas críticas quanto à sua sistematização sejam notórias. Assim, fica um convite para que o leitor aprecie os próximos tópicos e tire suas próprias conclusões quanto aos pontos fortes e fracos de cada um dos programas.

²⁰⁴ Esta avaliação foi publicada na **Revista Ultima Ratio**, volume I, Lúmen Júris, 2007. No entanto, tivemos acesso à referida avaliação apenas por texto em formato digital. Em razão disso, não foi possível fazermos a indicação da numeração das páginas pesquisadas.

4.1. A Experiência de Porto Alegre/RS

De acordo com o ILANUD/ BRASIL, o programa de Justiça Restaurativa em Porto Alegre é desenvolvido na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, que é responsável pela execução das medidas sócio-educativas, previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990. Segundo Rezende de Melo, este projeto incorpora os princípios restaurativos em duas fases distintas do processo de execução: quando da elaboração do plano de atendimento sócio-educativo e ao ser feita a avaliação das medidas aplicadas, para se verificar a possibilidade de o adolescente ter sua medida progredida²⁰⁵.

O fato de atuar já na fase de execução do processo, portanto, em um momento distante de quando foi vivenciado o conflito, acarreta alguns problemas, como, por exemplo, a dificuldade na localização da vítima e a sua falta de interesse em participar do procedimento. A escolha pela implantação já nessa fase processual se deu em razão da resistência dos operadores do direito responsáveis pela apuração do ato infracional – magistrados e promotores.

Em razão de tentar amenizar os problemas advindos do lapso temporal entre o cometimento do ato infracional e do círculo restaurativo, o programa passou a ser aplicado a casos de adolescentes reincidentes, pois, uma vez que estes já são acompanhados pela Vara de Execução, tornou possível, no momento da prática da infração, o programa intervir mais rapidamente e tentar marcar o círculo para uma data mais próxima do ato.

São parceiros do programa a Justiça Instantânea (projeto do TJ/RS), a FASE (Fundação de Atendimento Sócio-Educativo), a FASC (Fundação de Assistência Social e Cidadania), a Secretaria Municipal dos Direitos Humanos e Segurança Urbana e a Faculdade de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Cada uma dessas instituições disponibiliza pessoas para formar a equipe, sendo que cada profissional

²⁰⁵ MELO, Eduardo Rezende. *A Experiência em Justiça Restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e na juventude*. p. 127.

A “progressão de medida sócio-educativa”, ordinariamente aplicada nas Varas da Infância e Juventude, não possui previsão legal, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente não traz regras para a fase de execução e não há qualquer outra lei que regule o assunto, havendo, nesta parte, uma lacuna no nosso ordenamento jurídico. Apesar disso, a jurisprudência pátria consolidou o entendimento de que as medidas sócio-educativas devem ser revistas periodicamente, sendo passíveis de adaptação a qualquer tempo, bem como de “progressão”, como, por exemplo, analisando o caso concreto, verificar que é conveniente a alteração da medida de internação para a de liberdade assistida. Este entendimento foi construído em atenção ao princípio do ECA que procura a reintegração do adolescente ao convívio social. Assim, percebe-se que o programa de Justiça Restaurativa de Porto Alegre valeu-se dessa construção jurisprudencial, para adaptar práticas restaurativas à nossa realidade jurídica.

dedica 4 horas por semana ao projeto. Foi formada, através dessa parceria, uma equipe multidisciplinar, formada por 17 profissionais. Na equipe há assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, juiz, defensor público, promotor de justiça, entre outros profissionais.

Os critérios para a seleção dos casos são a admissão pelo adolescente da autoria do cometimento do ato infracional, ter vítima identificada e não ser caso de homicídio, latrocínio, estupro nem de conflitos familiares. Na prática, a maior parte dos atos infracionais atendidos pelo programa são roubo qualificado e furto. A participação da vítima e do ofensor é voluntária.

Após ser feita a seleção inicial dos casos, segue-se a etapa do Pré-Círculo, que consiste em explicar às partes o que é justiça restaurativa, a dinâmica do círculo e verificar o seu interesse em participar. Esses contatos são feitos com ofensor e vítima separadamente. Primeiro contacta-se o adolescente e sua família para, somente depois, se estes aceitarem participar, contactar a vítima.

Após, seguem-se os Círculos Restaurativos. Estes duram em média uma hora e meia; ocorrem numa sala do Fórum destinada exclusivamente para o programa e são conduzidos por dois coordenadores, que desempenham o papel de facilitadores. Os coordenadores têm a função de assegurar que todos tenham a oportunidade de se expressar, de certificar que se sentiram escutados e, ainda, de contribuir para a definição do acordo/plano.

Obtido um acordo/plano, este é redigido pelo coordenador, assinado por todos e cada um recebe uma cópia. Após, é feita uma audiência sem a presença das partes para avaliação e homologação do acordo²⁰⁶.

Depois, o adolescente é encaminhado para o Programa de Execução de Medidas Sócio-Educativas e um técnico é responsável por acompanhar o cumprimento do acordo pelo adolescente, enquanto um coordenador do Círculo acompanha as necessidades da vítima e, se necessário, a encaminha aos serviços sociais adequados.

Por fim, há os Pós-Círculos, que são feitos após 30 dias da realização dos Círculos, oportunidade em que os Coordenadores entram em contato com as partes e verificam se o acordo foi cumprido.

²⁰⁶ Embora não tenha ficado claro na avaliação feita pelo ILANUD, infere-se que esta homologação é feita pelo Juiz e pelo Ministério Público.

4.2. A Experiência de São Caetano do Sul/SP

Conforme o ILANUD/ BRASIL, o programa de Justiça Restaurativa em São Caetano do Sul é desenvolvido sob a responsabilidade da Vara e da Promotoria da Infância e da Juventude. Possui a peculiaridade de ter duas vertentes distintas: uma educacional – que ocorre no próprio ambiente escolar – e outra jurisdicional – na Vara da Infância e da Juventude. Conta com o apoio da diretoria Regional de Ensino, do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Escola Paulista de Magistratura e das OnG's CECIP (Centro de Criação e Imagem Popular) e CNV (Comunicação Não-Violenta).

Integram a equipe multidisciplinar diretamente envolvida com o programa juiz, promotor, assistentes sociais, as diretoras das escolas, os facilitadores, pedagogos, entre outros profissionais.

A vertente educacional, em seu início, foi desenvolvida em três escolas estaduais e, em 2006, já contava com a participação de todas as escolas estaduais²⁰⁷. Nesta, os Círculos Restaurativos são realizados nas próprias escolas, em salas especialmente destinadas ao programa, e os professores desempenham o papel de facilitadores. O público alvo são os alunos de 4º a 8º série e do ensino médio das respectivas escolas, podendo haver, portanto, até mesmo a participação de crianças – o que é inviável na faceta jurisdicional do programa. Nas escolas em que há crianças, os Círculos são chamados de “Cirandas Restaurativas”.

Nesta vertente, qualquer conflito é passível de ser encaminhado a um Círculo Restaurativo, mesmo que não compreenda ato infracional, mas simples infração escolar disciplinar, sendo que se dá ênfase aos casos relacionados ao chamado *bullying*²⁰⁸.

Qualquer pessoa pode pedir que seja realizado o Círculo e, geralmente, a iniciativa é tomada por professores ou pelos envolvidos. É necessário que haja a concordância das partes em participar do projeto. Pode haver, conforme o caso, a participação do Conselho Tutelar, que é responsável por fazer a avaliação referente aos problemas sociofamiliares subjacentes

²⁰⁷ MELO, Eduardo Rezende. *Justiça e educação: Parceria pra a Cidadania (Um Projeto de Justiça Restaurativa – São Caetano do Sul/SP)*. p. 108.

²⁰⁸ Segundo o site <http://www.bullying.com.br/BConceituacao21.htm#OqueE>, “o termo BULLYING compreende todas as formas de atitudes agressivas, intencionais e repetidas, que ocorrem sem motivação evidente, adotadas por um ou mais estudantes contra outro(s), causando dor e angústia, e executadas dentro de uma relação desigual de poder. Portanto, os atos repetidos entre iguais (estudantes) e o desequilíbrio de poder são as características essenciais, que tornam possível a intimidação da vítima.” São ações que estão relacionadas ao *bullying*: colocar apelido, ofender, zoar, gozar, encarnar, sacanear, humilhar, fazer sofrer, discriminar, excluir, isolar, ignorar, intimidar, perseguir, assediar, aterrorizar, amedrontar, tyrannizar, dominar, agredir, bater, chutar, empurrar, ferir, roubar, quebrar pertences. Acesso em 06 de novembro de 2007.

aos conflitos e por realizar o encaminhamento para atendimento pelo serviço público, se for necessário²⁰⁹.

Todos os casos atendidos na vertente escolar, inclusive os relativos a infrações disciplinares, após o cumprimento do acordo, são encaminhados ao juízo, que os registra, fiscaliza o teor do acordo e, se for o caso de prática de ato infracional, o Juiz, a pedido do Ministério Público, pode, com fulcro no artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conceder a remissão sem aplicação da medida sócio-educativa²¹⁰.

Já na vertente jurisdicional do programa, o público alvo são os adolescentes em conflito com a lei. Diferentemente do projeto desenvolvido em Porto Alegre, que atua na fase de execução, neste, os Círculos ocorrem logo na fase inicial do processo de conhecimento.

Quando o conflito chega ao fórum, faz-se a sua avaliação durante a oitiva informal do adolescente ou na audiência de apresentação. Se houver a admissão de responsabilidade pelo adolescente e a aceitação dos envolvidos para participar do programa restaurativo, o processo é suspenso²¹¹ e as partes são encaminhadas para o Pré-Círculo com as assistentes sociais, que, após, agendam os Círculos, os quais se realizam nas escolas em que os adolescentes estão matriculados.

Não há a exclusão pré-determinada de casos associada à natureza do ato infracional, podendo participar do programa crimes violentos, como roubo e estupro, se a vítima aquiescer²¹². Os atos infracionais que mais comumente fazem parte do programa são ameaças, roubos, furtos, agressões físicas e ofensas verbais.

Os Círculos são realizados sob o encaminhamento do fórum, com a participação da assistente social e de membros da escola, sendo que estudantes são incentivados a participar como co-facilitadores. A Vara e a Promotoria são responsáveis por controlar os termos do acordo. Após, o Juiz o homologa e concede a remissão prevista no artigo 126, parágrafo

²⁰⁹ MELO, Eduardo Rezende. *Justiça e educação: Parceria pra a Cidadania (Um Projeto de Justiça Restaurativa – São Caetano do Sul/SP)*. p. 109.

²¹⁰ Talvez a avaliação feita pelo ILANUD/BRASIL, neste ponto, tenha cometido uma pequena impropriedade técnica. Pelos dados constantes desta avaliação, infere-se que a remissão, neste caso, é concedida antes de iniciado o processo judicial para a apuração do ato infracional. Portanto, nos termos do artigo 126 c/c o artigo 180, II, ambos da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, a remissão é concedida pelo Ministério Público e tão-somente homologada pelo magistrado (artigo 181 da Lei 8.069/1990). As hipóteses de remissão concedida pelo magistrado ocorrem apenas após iniciado o processo judicial, nos termos do parágrafo único do artigo 126 desse Estatuto.

²¹¹ MELO, Eduardo Rezende. *A Experiência em Justiça Restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e na juventude*. p. 127.

²¹² MELO, Eduardo Rezende. *Justiça e educação: Parceria pra a Cidadania (Um Projeto de Justiça Restaurativa – São Caetano do Sul/SP)*. p. 110.

único, da Lei 8.069/1990, cumulada com a medida sócio-educativa prevista no acordo. Caso haja o seu descumprimento, pode ser realizado novo círculo²¹³.

4.3. A Experiência de Brasília/DF

Segundo a avaliação do ILANUD/BRASIL, este programa é realizado nos 1º e 2º Juizados Especiais de Competência Geral do Núcleo Bandeirante, o qual abrange cinco regiões administrativas do Distrito Federal: Núcleo Bandeirante, Candangolândia, Riacho Fundo I e II e Park Way. Dessa forma, somente conflitos de competência dos Juizados Especiais Criminais podem fazer parte do projeto.

São parceiros do programa o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Secretaria de Estado de Ação Social, a Universidade de Brasília, o Instituto de Direito Internacional e Comparado e a Escola da Magistratura do Distrito Federal.

A equipe do projeto é formada por 36 pessoas, dentre juízes, promotores de justiça, defensores públicos, psicólogos, assistentes sociais, entre outros. Há 22 facilitadores que são voluntários e dedicam quatro horas semanais para o projeto.

Para a seleção dos casos, a equipe gestora busca escolher os conflitos nos quais os envolvidos possuem um relacionamento que se projeta para o futuro ou que se prolongue.

Após a equipe gestora do programa fazer a pré-seleção dos casos, faz-se a consulta ao autor do fato e à vítima separadamente, quando lhes é explicado o que é justiça restaurativa e indagado se eles têm interesse em participar. A participação deve ser voluntária. Todas as reuniões ocorrem no prédio do próprio Juizado Especial.

Depois, seguem-se os Encontros Preparatórios, que também são feitos separadamente com o autor do fato e a vítima, acompanhados, porém, de “apoios”, ou seja, familiares ou amigos que as partes pretendem ter em sua companhia. Nesta fase, são tratados temas como o que falar para a outra parte quando houver o Encontro, quais são suas expectativas, se eles se sentem emocionalmente seguros para encontrar a parte contrária. Podem ser feitos quantos Encontros Preparatórios o caso concreto demandar.

Então, realiza-se o Encontro Restaurativo, que é o momento central do projeto. As partes e seus apoios intermediados por um ou mais facilitador discutem o evento conflituoso

²¹³ MELO, Eduardo Rezende. *Justiça e educação: Parceria pra a Cidadania (Um Projeto de Justiça Restaurativa – São Caetano do Sul/SP)*. p. 110.

e, ao final, elaboram um acordo, que é homologado pelo Juiz e pelo Ministério Público. Legalmente, o acordo firmado faz as vezes da composição civil, prevista no artigo 74 da Lei n. 9.099/1995, e torna-se título executivo judicial, passível de execução no juízo civil.

A equipe do projeto acompanha o cumprimento do acordo e, após seis meses, é feita uma avaliação da satisfação das partes.

Conclusão

Como ponderado no presente estudo, os princípios que norteiam a Justiça Restaurativa, em sua essência, podem ser resumidos na idealização de uma justiça penal que prime pela construção de uma sociedade harmônica e solidária, que, em respeito à singularidade e à complexidade humana, proporcione que os conflitos sociais obtenham soluções substantivamente mais justas, democráticas e apaziguadoras. Este modelo de justiça visa que o processo de busca de soluções conduza ao empoderamento das partes, à reparação dos danos – entendido em seu aspecto mais amplo – e que o respeito às normas sociais seja estabelecido por um procedimento dialógico que proporcione verdadeira reflexão e, através disso, a justiça penal seja capaz e promover a coesão social, ao invés de excluir e estigmatizar os envolvidos no conflito.

Ademais, como pudemos analisar, a informalidade dos procedimentos restaurativos não implicam em violação a direitos ou garantias individuais das partes. Pelo contrário, o respeito aos direitos fundamentais é um de seus alicerces.

Dessa forma, concluímos, de plano, que os preceitos basilares que regem a Justiça Restaurativa encontram-se plenamente de acordo com os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro de garantir a dignidade da pessoa humana e construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme delineado pela nossa Constituição Federal²¹⁴.

Tivemos também a oportunidade de observar que a Justiça Restaurativa não demanda modelos pré-determinados ou padrões rígidos para ser concretizada. Como expõem as Organização das Nações Unidas, “*as possibilidades de aplicação dos princípios da justiça restaurativa são limitados apenas pela imaginação e criatividade dos profissionais da justiça criminal, da sociedade civil organizada e da comunidade*”²¹⁵ [livre tradução]”. Seus princípios lhe conferem ampla maleabilidade, de modo que suas práticas são adaptáveis às mais diversas realidades culturais e jurídicas.

²¹⁴ Artigo 1º da Constituição Federal de 1988 – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana; (...)

Artigo 3º da Constituição Federal de 1988 - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

²¹⁵ No original: “*The possibilities for applying the principles of restorative justice are limited only by the imagination and creativity of criminal justice professionals, civil society organizations and community members.*” (UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. pp. 89-90.)

Compreendido que os programas restaurativos não precisam, necessariamente, estar inseridos no sistema criminal estatal, podendo ser manejados pela sociedade civil organizada, verificamos, na presente pesquisa, que neste âmbito o Brasil possui um rico campo para o desenvolvimento de projetos restaurativos. Os projetos de justiça comunitária, os quais incorporam a mediação extrajudicial como forma de resolução dos conflitos pela própria comunidade e que têm se fortalecido em diversos estados do nosso país, demonstram que a sociedade brasileira tem se mostrado aberta para formas alternativas de composição de seus conflitos bem como que a sociedade civil tem a capacidade de, autonomamente, articular-se e desenvolver projetos dessa natureza.

Constatamos também que a interpretação sistemática dos institutos penais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, possibilita a intercomunicação entre os programas comunitários de Justiça Restaurativa e o sistema criminal formal. Em alguns casos, esse intercâmbio é mais explícito, como, por exemplo, nos crimes que se procede mediante ação penal privada. Assim, para esses casos, é relativamente fácil a visualização de que o acordo obtido em um programa restaurativo comunitário pode ser considerado como renúncia ao direito de queixa ou como perdão e, por esta via, importe em conseqüências jurídicas que limitem a atuação das agências que exercem o controle social formal.

Em outras oportunidades, a intercomunicação entre os resultados decorrentes dos programas comunitários e o sistema criminal estatal não é tão explícita, sendo necessário que a interpretação dos nossos institutos jurídicos seja conduzida por uma vontade política nessa direção. É o caso, por exemplo, de, independente do tipo penal que versar, um acordo restaurativo obtido em sede de um projeto comunitário poder ser considerado pelo magistrado quando da dosimetria da pena, por meio da aplicação da *teoria da teleologia reductora* desenvolvida por Zaffaroni. Como vimos, para que isto seja viável, faz-se forçoso que o magistrado deixe-se imbuir de uma opção político criminal assim direcionada, a qual, fatalmente, estará refletida em suas decisões judiciais.

Quanto à possibilidade de a Justiça Restaurativa ser incorporada diretamente pelo sistema penal estatal, igualmente, restou concluído no presente trabalho que esta questão relaciona-se a fatores políticos e que não é imprescindível qualquer alteração legislativa que preveja expressamente esta aplicação.

Conforme nos ensina Suxberger, o modo de intervenção penal estatal é conduzido pelo programa de política criminal do país, o qual, por sua vez, reproduz o modelo de Estado

a que se aspira²¹⁶. Neste sentido, constatamos que, para ser possível a aplicação da Justiça Restaurativa, urge que o Estado brasileiro explicita, de forma coerente, como pretende atuar perante seus conflitos penais: se guiado pelas ideologias que pregam o endurecimento da resposta penal ou pela corrente que clama pela pacificação social e pela resolução do conflito.

A partir dessa premissa, foi compreendido que, uma vez assumida pelo Estado a adoção de uma política criminal harmônica com a ideologia sob a qual se funda o paradigma restaurativo, basta apenas que se confira, aos institutos jurídicos existentes, nova roupagem interpretativa.

Verificamos, ainda, que o espírito que inspirou a concepção do ordenamento jurídico brasileiro, em especial a reforma da parte geral do Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei n. 9.099/1995 – legislações que foram diretamente tratadas no presente trabalho –, em muitos aspectos, guia-se na mesma direção traçada pelos princípios restaurativos. Reflexo disto é a existência nessas leis de vários institutos que comportam uma remodelagem dogmática que os amolde aos preceitos deste novo modelo de justiça.

A nítida busca por uma justiça penal que disponha de mecanismos processuais que favoreçam a resolução dos conflitos por meio do consenso entre as partes fez nascer a lei n. 9.099/1995. Como demonstramos, os institutos previstos nessa legislação como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo conferem a abertura necessária para a incorporação de práticas restaurativas no nosso sistema jurídico.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, construído a partir da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, também prevê mecanismos procedimentais flexíveis, como a remissão, que possibilitam a adaptação de projetos restaurativos. Como vimos, a Justiça Restaurativa pode contribuir para o pleno desenvolvimento dos nossos jovens, em condições de liberdade e de dignidade, tal como preceitua o artigo 3º do Estatuto, o que demonstra uma vez mais a sua harmonização com o espírito do ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Penal, por sua vez, também possui diversos dispositivos legais que rompem com a tradicional rigidez do modelo retributivo, como por exemplo as penas restritivas de direito e a suspensão condicional da pena, que podem ser aproveitados para, por meio deles, fazerem inserir na realidade brasileira promissores projetos restaurativos.

Por fim, os projetos piloto de Justiça Restaurativa desenvolvidos no Brasil, os quais tivemos a oportunidade de analisar brevemente, nos dão o melhor exemplo de que as

²¹⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito*. pp. 11-12.

hipóteses levantadas no presente estudo não são uma utopia academicista. Como verificamos, cada um desses projetos-piloto implementou programas situados em contextos jurídicos distintos, adaptando o ordenamento à sua realidade sócio-cultural, sem ter sido feita qualquer alteração legal. Foi necessário apenas criatividade e vontade política.

Concluimos, portanto, que o nosso ordenamento jurídico possui diversas “portas de entrada” pelas quais possibilitam a inserção de práticas restaurativas no sistema brasileiro de resolução de conflitos. Basta que o enxerguemos com novos olhos, ou, na linguagem de Howard Zehr, por outras lentes, e, assim, possamos “*avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática*”²¹⁷.

²¹⁷ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. p. 119.

Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. *Polêmica sobre a Remissão na Lei n. 8.069/90*. In: **Boletim IBCCRIM**. Ano 14, n. 172, março/2007. p. 4-5.
- BALCÕES de Direitos. Disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/dirhum/balcoes.asp#conteudo>. Acesso em 29 de outubro de 2007. Acesso em 29 de outubro de 2007.
- BARALDI, Tereza Cristina Albieri. *A Violência Doméstica sob a Ótica da Justiça Restaurativa*. Dissertação submetida ao Centro Universitário Eurípedes de Marília para obtenção do título de mestre em Direito, Marília/SP, 2006. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=28742. Acesso em 09 de outubro de 2007.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Justiça Comunitária. Uma Experiência*. 2006. Disponível em http://www.tjdft.gov.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/com_livro_index.htm. Acesso em 30 de outubro de 2007.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain*. 1981. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/ikrs/forlag/limits-to-pain/limits-to-pain.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2007.
- _____ *Conversa com um Abolicionista Minimalista*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 6, nº 21, janeiro-março, 1998, Revista dos Tribunais. Entrevista.
- DE VITTO, Renato Campos Pinto. *Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 41-51.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique & MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa. Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra/Portugal: Coimbra Editora, 2006.
- FIELD, Rachel. *Encontro Restaurativo Vítima-Infrator: Questões Referentes ao Desequilíbrio de Poder para Participantes Jovens do Sexo Feminino*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 385-412
- FROESTAD, Jan & SHEARING, Clifford. *Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 79-123.
- GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. 5ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

- HIGHTON, Elena I. *et al. Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal. La mediación Penal y los Programas Víctima-Victimario*. Buenos Aires, República Argentina: AD-HOC S.R.L., 1998.
- HUDSON, Barbara. *Victims and Offenders*. In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. pp. 177-194.
- HULSMAN, Louk. *Critical Criminology and the Concept of Crime*. In: **Contemporary Crises. Law, Crime and Social Policy**. Martinus Nijhoff Publishers, volume 10, 1986. pp. 63-80.
- _____ & CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói/RJ: Luam, 1993.
- _____ *Alternativas à Justiça Criminal*. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. pp. 35-68.
- ILANUD/ BRASIL – Instituto Latino Americano as Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente/ Brasil. *Sistematização e Avaliação de Experiências em Justiça Restaurativa*. Janeiro de 2006.
- INSTITUTO Ethos. Disponível em <http://www.uniethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3345&Lang=pt-B&Alias=Ethos&itemNotID=7653>. Acesso em 29 de outubro de 2007.
- JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al* (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 163-186.
- JESUS, Damásio de. *Justiça Restaurativa no Brasil*. In: **Revista Jurídica Consulex**. Consulex, 15 de setembro de 2005, ano IX, nº 208. p. 40-46.
- JOHNSTONE, Gerry. *How, And In What Terms, Should Restorative Justice Be Conceived?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. pp. 5-15
- KARAM, Maria Lúcia. *Pela Abolição do Sistema Penal*. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. pp. 69-107.
- KONZEN, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional. Desvelando Sentidos no Itinerário da Alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KURKI, Leena. *Evaluating Restorative Justice Practices*. In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. pp. 293-314.
- LARRUSCAHIM, Paula Gil. *Justiça Restaurativa: Tecendo um Conceito para a Margem*. In: GHIRINGHELLI, Rodrigo & CARVALHO, Salo de. **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. Porto Alegre/RS: Notadez, 2006. pp. 179-190.
- MALULY, Jorge Assaf. *Os Juizados Especiais Criminais e a Reparação do dano*. In: LIMA, Fábio Bonini Simões de. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 202-213.
- McCOLD, Paul. *What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice*. In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. pp. 155-172.
- _____ & WACHTEL, Ted. *Em Busca de Um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia. Rio de Janeiro, agosto de 2003. Disponível em: http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html. Acesso em 3 de outubro de 2007.

- MELO, Eduardo Rezende. *Justiça restaurativa e seus desafios históricos-culturais. Um ensaio crítica sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva.* In: PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al* (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 53-72.
-
- A Experiência em Justiça Restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e na juventude.* In: **Revista do Advogado.** São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, setembro de 2006, ano XXVI, nº 87. pp. 125-128.
-
- Justiça e Educação: Parceria pra a Cidadania (Um Projeto de Justiça Restaurativa – São Caetano do Sul/SP).* In: **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre/RS: Fonte do Direito, ano VI, nº 22, 2006. pp. 93-119.
-
- Comunidade e Justiça em Parceria para a Promoção de Respeito e Civilidade nas Relações Familiares e de Vizinhaça: um Experimento de Justiça Restaurativa e Comunitária.* In: **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre/RS: Fonte do Direito, 2006, ano VI, nº 23. pp. 127-151.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral.* 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORRIS, Allison & MAXWELL, Gabrielle. *Restorative Justice in New Zealand.* In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice.** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. pp. 257-271.
- NASCIMENTO, Andre Luiz *et al.* *Guia de Mediação Popular.* Salvador: Juspopuli, 2007.
- PAVLICH, George. *What are the Dangers as Well as the Promises of Community Involvement?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice.** Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. p. 172-183.
- PEREIRA, Gláucia Falsarelli. *Justiça Comunitária. Por uma Justiça de Emancipação.* Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2003.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?* In: PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al* (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 19-39.
-
- Justiça Restaurativa. O Paradigma do Encontro.*
Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10238>. Acesso em 17 de setembro de 2007.
- PROGRAMA De Redução Do Comportamento Agressivo Entre Estudantes. Disponível em <http://www.bullying.com.br/BConceituacao21.htm#OqueE>. Acesso em 06 de novembro de 2007.
- PROJETO Justiça Comunitária. Disponível em <http://www.bancomundial.org/foros/mexico/web/brasilp.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2007.
- ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito.* Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Cap. III, pp. 95-153.
- ROBERTS, Ann Warner. *Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice.** Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. pp. 241-252.
- ROBERTS, Julian V. & ROACH, Kent. *Restorative Justice in Canadá: From Sentencing Circles to Sentencing Principles.* In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice.** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. pp. 237-256.

- SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa como Perspectiva para a Superação do Paradigma Punitivo*. Dissertação submetida à Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro para obtenção do título de mestre em Direito. Disponível em: http://www.mestrado.fundinop.br/teses/MARCELO%20SALIBA.pdf/file_view. Acesso em 03 de outubro de 2007.
- SANDY, Tatiana Tiago. *A Justiça Restaurativa no Sistema Brasileiro de Justiça Criminal*. Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de bacharel em Direito, 2006. Sem publicação.
- SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SCHIFF, Mara. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*. In: VON HIRSCH, Andrew *et al* (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. pp. 315-338.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- _____. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito*. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.
- UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. Criminal Justice Handbooks Series. Disponível em http://www.idcb.org.br/documentos/Ebook_justice.pdf. Acesso em 10 de julho de 2007.
- _____. The Economic and Social Council. *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. Resolution n. 2002/12. Disponível em <http://www.un.org/docs/ecosoc/documents/2002/resolutions/eres2002-12.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2007.
- WALGRAVE, Lode. *Has Restorative Appropriately Responded to Retribution Theory and Impulses?* In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. pp. 47-60.
- ZACKSESKI, Cristina. *Sistema Penal, Política Criminal e Outras Políticas*. In: **Boletim IBCCRIM**. Ano 14, n. 172, março/2007. pp. 6-8.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____. *et al. Derecho Penal. Parte General*. 2ª edição, Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anônima, 2002. pp. 44-51 e 386-393.
- _____. & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Questões sobre a Efetividade do Sistema Jurídico nos Crimes Decorrentes das Relações de Gênero e Família*. In: LIMA, Fábio Bonini Simões (coord.). **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 114-136.
- ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. 3ª edição, Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005.